

## USO DE LA FUERZA, INTERVENCIÓN HUMANITARIA Y LIBRE DETERMINACIÓN (LA "GUERRA DE KOSOVO")<sup>1</sup>

Cesáreo GUTIÉRREZ ESPADA

I. LA ILEGALIDAD DE LA INTERVENCIÓN ARMADA DE LA OTAN.—II. PERO TAMBIÉN SÍNTOMA.— III. (...) Y AVISO.— IV. NO, EL "MODELO KOSOVO" NO ES UN BUEN MODELO. ¿ENTONCES? : (I) LA REVITALIZACIÓN DEL SISTEMA DE LA CARTA.— V (II) UNA REGIONALIZACIÓN "CENTRALIZADA".— VI (III) UNA DOCTRINA SOBRE LA INTERVENCIÓN HUMANITARIA.— VII. CONCLUSIÓN

1. El presente artículo está basado en mi intervención en el ciclo sobre El cincuenta aniversario de la Declaración relativa a los Derechos Humanos, organizado por el profesor Antonio BLANC ALTEMIR y patrocinado por la Asociación de Naciones Unidas para España (Lleida) y el Instituto de Estudios Ilerdenses.

No es mi propósito analizar en él la conformidad o no de las acciones de la OTAN con el *Derecho internacional humanitario*, ni la competencia que en este sentido pudiera tener el *Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia*. Sobre ambas cuestiones, puede verse:

— KOVÁCS, P.: "Intervention armée des forces de l'OTAN au Kosovo", *International Review of the Red Cross-Révue Internationale de la Croix Rouge*, 82, n° 837, marzo 2000, págs. 103-128; EGOROV, S.A.: "The Kosovo crisis and the law of armed conflicts", *IRRC-RICR* cit., págs. 183-192; BURGER, J.A.: "International humanitarian law and the Kosovo crisis: Lessons learned or to be learned", *IRRC-RICR* cit., págs. 129-145; ROGERS, A.P.V.: "Zero-casualty warfare", *IRRC-RICR* cit., págs. 165-181; ROWE, P.: "Kosovo 1999: The air campaign", *IRRC...* págs. 147-174.

— BOLAERT-SUOMINEN, S.: "The International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia and the Kosovo conflict", *IRRC-RICR* cit., págs. 217-252, en págs. 227 ss. sobre todo.

Y puede añadirse que el 13 de junio de 2000 un Comité establecido en el Seno del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia finalizó un extenso y minucioso informe dirigido al Fiscal, en el que analiza caso por caso los diversos supuestos en los que *prima facie* la OTAN pudo haber violado el Derecho Internacional humanitario; en él el Comité recomienda al Fiscal (pero este es otro problema) no llevar a cabo investigación alguna ("Final Report to the Prosecutor by the Committee established to review the NATO bombing campaign against the Federal Republic of Yugoslavia", 21 págs., párrafos 25-27, 62, 70, 79, 85, 89 y 90-91 (en <http://www.un.org/icty/pressreal/nato061300.htm>)).

## I. LA ILEGALIDAD DE LA INTERVENCIÓN ARMADA DE LA OTAN

1. Ante los acontecimientos de Kosovo, el 31 de marzo de 1998 (res. 1160) el Consejo de Seguridad ordenó un embargo de armas y material conexo con destino a Yugoslavia, condenando el uso excesivo de la fuerza por el ejército y las milicias serbias así como los actos de terrorismo del Ejército de Liberación de Kosovo (ELK/UCK); sin calificar aún no obstante, *ex art. 39* de la Carta, la situación en territorio como de *amenaza a la paz*. En la misma resolución, el Consejo pide al denominado Grupo de Contacto (Alemania, Francia, Gran Bretaña, Italia, Estados Unidos y Rusia) que prosiga sus negociaciones con el régimen serbio y representantes de Kosovo a fin de lograr para esta región un amplio estatuto de autonomía en el seno de una Yugoslavia unida.

El 23 de septiembre de 1998, en su resolución 1199, el Consejo califica ya la situación en Kosovo como "de amenaza para la paz y la seguridad en la región", pidiendo a Yugoslavia el cese de las operaciones militares contra la población civil y la retirada de la provincia de las fuerzas de seguridad serbias, advirtiendo el Consejo que, en caso de no atenderse sus demandas, "considerará (decide considerar) nuevas acciones y medidas adicionales para mantener o restablecer la paz y estabilidad en la región". Tras su voto, el representante de los Estados Unidos advirtió que la OTAN atacaría militarmente si las iniciativas políticas en curso no fructifican, y repitiendo su advertencia el 13 de octubre siguiente.

Tras la negativa serbia a plegarse ante estos llamamientos, la OTAN aprobó un ultimátum, adoptando una "orden de activación" que se desencadenaría automáticamente si Yugoslavia no aceptaba en un plazo de noventa y seis (96) horas las condiciones exigidas<sup>2</sup>.

Las autoridades de Belgrado reaccionaron concluyendo dos acuerdos, uno con la OSCE que permitió la entrada en Kosovo de dos mil observadores desarmados proporcionados por varios de sus Estados miembros; y otro con la propia OTAN para permitir que aviones de la misma sobrevolaran la provincia a fin de comprobar el cumplimiento de aquél.

Por res. 1203, de 24 de octubre de 1998, el Consejo de Seguridad reafirma su calificación de *amenaza a la paz* y expresa su apoyo a los acuerdos

2. *Atlantic News*, nº 3049, 14 octubre 1998, pág. 1.

internacionales antes mencionados<sup>3</sup>. La citada resolución no se plantea expresamente el uso de la fuerza salvo en supuestos de emergencia y únicamente para asegurar que los verificadores de la OSCE no sufran daños y tengan libertad de movimientos (párrafo 9).

El 29 de enero de 1999 el Grupo de Contacto, reunido en Londres, intima a Yugoslavia y a los albanos-kosovares a reunirse en una Conferencia internacional en Rambouillet (Francia). Del 6 al 23 de febrero, se trabaja en un Plan de Paz. Los kosovares acaban, tras reticencias de principio, firmando el acuerdo, pero no así el Gobierno yugoslavo. La ruptura definitiva tiene lugar el 19 de marzo y seguidamente abandonan el país los observadores de la OSCE.

El 24 de marzo de 1999 comienzan los bombardeos de la OTAN, que se prolongan hasta junio prácticamente y arrasan las infraestructuras de Yugoslavia.

2. La intervención militar de la OTAN contra Yugoslavia no encuentra, tal cual es el Derecho internacional contemporáneo, justificación jurídica. Barajemos las diversas figuras teóricamente posibles:

3. (i) La OTAN no puede ampararse en el art. 53 de la Carta que contempla la hipótesis de que una Organización regional adopte medidas coercitivas (armadas en este caso) para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales, por la sencilla razón de que, en rigor, la OTAN no es una organización regional *ex art. 53*, sino un pacto basado en el art. 51 (legítima defensa colectiva; en todo caso y si lo fuera *no contaba con la autorización (expresa) del Consejo de Seguridad*<sup>4</sup>). De este modo, la de la OTAN pasará a la historia de las, hasta ahora al menos, raras intervenciones armadas llevadas a cabo por organizaciones regionales sin dicha autorización; si "uno de los pocos ejemplos", escribe un internacionalista hispanoamericano, fue el de la inter-

3. Como Natalino RONZITTI ha, agudamente, observado, el Consejo parece *sancar* "acuerdos cuya validez hubiera podido ponerse en duda, dada la presión (incluidas amenazas de ataque militar) que previamente se había ejercido sobre Yugoslavia" ("*Raids aerei contro la Repubblica federale di Iugoslavia e Carta delle Nazioni Unite*", *Rivista di Diritto Internazionale*, LXXXII, 1999, n° 2, págs. 476-482, en pág. 477).

4. En el mismo sentido, Marcelo G. KOHEN: "L'emploi de la force et la crise de Kosovo: Vers un nouveau désordre juridique international", *Révue Belge de Droit International*, XXXII (1999), n° 1, págs. 122-148, en págs. 130-131 (párrafo 15).

vención en la República Dominicana, en 1965, que respaldó la OEA<sup>5</sup>, otro más rotundo y demoledor ha sido el de la OTAN en Yugoslavia, en 1999.

Es verdad que las *res. 1199 y 1203* del Consejo anteriormente citadas calificaron la situación de Kosovo como de una "amenaza a la paz", pero esto es un *prius* no la autorización del uso de la fuerza armada, que en ningún caso se establece en el texto de aquéllas. Es verdad que en la *res. 1199*, el Consejo advierte que puede "considerar" la adopción de medidas adicionales si las autoridades yugoslavas no reaccionan, pero resulta meridianamente claro que esta afirmación no implica autorización alguna del uso de la fuerza, que en todo caso tendría que decidirse por el Consejo de Seguridad no por la OTAN directamente ni por sus Estados miembros. Es verdad, en fin, que la *res. 1203* contemplaba un eventual uso de la fuerza, pero con el único objetivo de proteger a los observadores de la OSCE, fuera de Yugoslavia ya cuando los ataques comenzaron, y evidentemente con referencia a un uso de la fuerza armada colosalmente distinto al que implica arrasarse las infraestructuras de un Estado durante varios meses de bombardeos ininterrumpidos.

Por todo ello, la interesada conexión que algunos Estados miembros de la OTAN establecían entre sus ataques aéreos y el sistema de la Carta, al alegar que estos se desarrollaban "en el marco de las resoluciones del Consejo de Seguridad", no deja de ser una evidente manifestación del síndrome del calamar, es decir, oscurecer con un chorro de negrísima tinta el camino por el que se lleva a cabo una precipitada huida hacia delante. A lo largo de las exposiciones orales ante el TIJ con motivo de las demandas que Yugoslavia presentó contra los Estados miembros de la OTAN que participaron en los ataques (*infra* parágrafo 10), los agentes de Estados Unidos, Países Bajos y, sobre todo, de Bélgica alegaron que la acción de la OTAN se "fundamentaba en las resoluciones del Consejo de Seguridad"<sup>6</sup>.

Es conveniente recordar que el Secretario General de la ONU que, y más adelante volveré sobre esta cuestión, se abstuvo de condenar abierta y directamente la intervención no pudo dejar de hacer público que si bien a veces "el uso de la fuerza puede legitimarse en aras de la paz" siempre era preciso una resolución *ad hoc* autorizándola por el Consejo de Seguridad de la Orga-

5. VARGAS CARREÑO, E.: "La intervención humanitaria", *Héctor Gros Espiell Amicorum Liber. Persona humana y Derecho*, Bruylant, Bruselas, 1997, vol. 2, págs. 1617-1647, en págs. 1639-40.

6. Respectivamente, Sres. ANDREW (ses. 11 de mayo de 1999, CR 99/24), LAMMERS (CR 99/20), y ERGEC (ses. 10 mayo 1999, CR 99/15). Para las distintas intervenciones de los Estados véase: <http://www.icj-cij-org>.

nización; o, tras admitir, respecto del asunto de Kosovo, que los aspectos morales de esta cuestión son perfectamente debatibles, concluye: "Pero una cosa es cierta: La adopción de medidas coercitivas sin autorización del Consejo de Seguridad atenta contra la existencia misma del sistema de seguridad internacional fundado por la Carta de Naciones Unidas"<sup>7</sup>.

El profesor WECKEL, que admite que la Carta de Naciones Unidas únicamente autoriza el uso de la fuerza armada (con la excepción de la legítima defensa) en el marco de un sistema de seguridad colectiva, en particular bajo la dirección del Consejo de Seguridad (art. 42) o con su autorización por una Organización regional (art. 53.1), sugiere que como la Carta no ha previsto qué hacer cuando la ONU se encuentra bloqueada no pudiendo autorizar una acción necesaria ni dirigirla, existe una laguna, que debe, en su opinión, rellenarse con la interpretación de que los Estados miembros pueden hacer lo que tengan que hacer para preservar la paz y seguridad internacionales amenazadas clarísimamente por situaciones como las de Kosovo<sup>8</sup>. Es decir, si yo lo entiendo, para el profesor Weckel la acción de la OTAN podría ampararse en la misma Carta, mediante una interpretación de sus silencios. Me parece que es ir demasiado lejos.

4. (ii) Si el Consejo de Seguridad no autorizó expresamente el uso de la fuerza que la OTAN llevó a cabo contra Yugoslavia, ¿cabría justificar o, quizás mejor, "sanar" esta con una aprobación *ex post facto*, basándose en una autorización implícita de la misma por ese órgano?

Más que a la res. 1203 del Consejo de Seguridad, en la que, como antes he señalado, se hace una velada alusión al uso de la fuerza armada en situaciones de emergencia, pero referida a los "verificadores" de la OSCE en particular y, también, a usos "menores o defensivos", y cuyo debate en todo caso deja bien a las claras la respectiva posición de cada uno de los miembros permanentes, unos a favor de autorizar una intervención armada "de verdad" (vga Estados Unidos) y otros opuestos rotundamente a ello (Rusia y China)<sup>9</sup>, más que a esta res. 1203, digo, puede ser conveniente plantearse si el Consejo no autorizó implícitamente todo cuando rechazó, dos días después de iniciados

7. Comunicado de prensa de la SG/SM, n° 6938, de 24 de marzo de 1999; y, respectivamente, *Rapport du Secrétaire Général sur l'activité de l'Organisation*, 54 session, Supplement n° 1 (doc.: A/54/1), párrafo 66.

8. WECKEL, Ph.: "L'emploi de la force contre la Yougoslavie ou la Charte fissurée", *Révue Générale de Droit International Public*, 2000, n° 1, págs. 19-36, en pág. 33.

9. Sesión 3937 del Consejo, de 24 de octubre de 1998, SC/6588, págs. 12-13.

los ataques, ¡y por doce votos contra tres! (Rusia, China y Namibia), un proyecto ruso de resolución en el que se pedía el cese de los bombardeos contra Yugoslavia y la urgente reanudación de las negociaciones<sup>10</sup>. No me parece en todo caso posible ver en la falta de éxito de una resolución prohibitiva de los ataques una autorización implícita de los mismos<sup>11</sup>, sabiendo, además, como todos sabemos porque no se cansaron de proclamarlo a los cuatro vientos los Estados implicados, que dos de los miembros permanentes, Rusia y China, hubieran utilizado, sin dudarlo una milésima de segundo, su veto en caso de plantearse un proyecto de resolución autorizando el uso de la fuerza armada en este asunto. De hecho<sup>12</sup>, nunca ninguno de los Estados favorables al uso de la fuerza, que votaron en contra del proyecto ruso de resolución para detener los bombardeos, se ha referido ulteriormente a la existencia de una eventual autorización implícita.

Puede añadirse también que Rusia presentó otro proyecto de resolución, pidiendo el cese de *todas* las hostilidades (serbias, de la OTAN y del Ejército de Liberación de Kosovo) ante la Comisión de derechos humanos de Naciones Unidas, siendo igualmente rechazado por 11 votos a favor, 24 en contra y 18 abstenciones<sup>13</sup>.

5. (iii) *La legítima defensa*, que puede ser individual o colectiva (art. 51 de la Carta), tampoco nos sirve como causa de justificación del ataque de la OTAN, puesto que ninguno de sus Estados miembros fue objeto de ataque

10. El proyecto de resolución de iniciativa rusa y copatrocinado por Bielorusia y la India (doc. S/1999/328) ha sido reproducido por ZAPPALÀ, S.: "Nuovi sviluppi in tema di uso della forza armata in relazione alle vicende del Kosovo", *Rivista di Diritto Internazionale*, LXXXII (1999), n° 3, págs. 975-1004 (en nota 24 de la pág. 980).

11. En el mismo sentido, RONZITTI cit. (nota 3), pág. 481; KOHEN: *Op. cit.* (nota 4), pág. 136 (parágrafo 22).

12. Y RONZITTI lo ha apuntado (*op. cit.* en nota 3, pág. 481).

13. Votaron a favor: Colombia, Cuba, China, Ecuador, India, México, Perú, Rusia, Sri Lanka, Uruguay y Venezuela.

En contra: Alemania, Austria, Bangladesh, Canadá, El Salvador, Estados Unidos, Francia, Gran Bretaña, Irlanda, Italia, Japón, Letonia, Liberia, Luxemburgo, Marruecos, Níger, Noruega, Pakistán, Polonia, Qatar, República Checa, República de Corea, Rumania, Senegal.

Abstenciones: Argentina, Botswana, Bhutan, Cabo Verde, Congo, Chile, Filipinas, Guatemala, Indoneisa, Madagascar, Mauricio, Mozambique, Nepal, República Democrática del Congo, Rwanda, Sudáfrica, Sudán y Túnez (*UN Press Release HR/CN/99/54*, 23 abril 1999).

armado por parte de Yugoslavia<sup>14</sup>. Y se trata seguramente de una broma plantear la hipótesis de una ayuda de la OTAN, con base en el concepto de *legítima defensa colectiva*, a la entidad de Kosovo a la que se reconocía su derecho a una "autonomía sustancial"<sup>15</sup>; Ni siquiera aún reconociendo, en aplicación del derecho de libre determinación de los pueblos, un hipotético derecho de Kosovo a su secesión del Estado yugoslavo parece posible emplear la figura de la *legítima defensa* (infra III, parágrafo 4).

6. (iv) Tampoco es aplicable la figura de las *represalias*. Aun dado por bueno que los ataques de la OTAN pudieran entenderse como medidas punitivas y/o destinadas a que el Gobierno yugoslavo cesara con las violaciones gravísimas y generalizadas de los derechos humanos de la población de Kosovo, el Derecho internacional pone un claro límite a la práctica de las represalias, no tolerando las de carácter armado<sup>16</sup>.

Aunque estemos asistiendo, sin duda, a la emergencia a escala mundial de valores comunes en lo relativo al respeto a los derechos humanos, a la democracia como forma de Gobierno, y al derecho-deber de injerencia humanitaria, en el Derecho internacional sigue vigente por el momento el principio de no intervención en los asuntos internos del Estado en casos en los que la intervención, y a no ser que se acepte la figura de la intervención humanitaria (infra VI), no sea reconocida como necesaria por una "autoridad legítima" (el Consejo de Seguridad en el marco de la Carta); y esta afirmación que podría acaso discutirse en el supuesto de intervenciones no armadas, es absolutamente cierta en el caso del recurso a las armas<sup>17</sup>.

14. En el mismo sentido, KOHEN cit. (nota 4), pág. 130 (parágrafo 15).

15. Ad ex. KIRGIS, en *American Society of International Law Insight*, marzo 1999, pág. 2 (tomo la cita de RONZITTI: *Op. cit.* en nota 3, pág. 479).

16. Vid. ad ex. GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *El estado de necesidad y el uso de la fuerza en Derecho internacional*, Tecnos, Madrid, 1987, págs. 128-131; ID.: "La responsabilidad internacional del Estado por el uso de la fuerza armada (la conformación del hecho ilícito internacional)", *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz 1989*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 1990, págs. 183-310, en págs. 295 ss.; VILLAGRÁN KRAMER, F.: "Retorsión y represalias por violaciones de los derechos humanos", en *Héctor Gros Espiell Liber Amicorum. Persona humana y Derecho*, Bruylant, Bruselas, 1997, vol. 2, págs. 1765-1799.

17. GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *Derecho internacional público*, Trotta, Madrid, 1995, págs. 112-113.

Véase sobre todo los comentarios de la CDI al art. 53 (art. 14 del Proyecto provisional) de su Proyecto definitivo de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos ilícitos (*Anuario CDI*, 1995, II, Segunda Parte, págs. 68-76 y

7. (v). Podría añadirse como curiosidad que en su exposición oral ante el TIJ, como motivo de la demanda planteada por Yugoslavia (*infra* parágrafo 9), el agente de Bélgica, el Sr. ERGEC, fundamentaba la intervención "sobre las resoluciones del Consejo de Seguridad que habían constatado una amenaza para la paz y seguridad internacionales", en la figura de la "intervención humanitaria armada" y, añadía, "el Gobierno del Reino de Bélgica podría invocar en último lugar, en orden subsidiario el *estado de necesidad*"<sup>18</sup>. No acabo de ver la aplicación de este figura al caso, pues, dejando al margen incluso el gran tema de si puede (en estado de necesidad) vulnerarse una norma de *ius cogens* que según el art. 33 del Proyecto de la CDI no se puede (aunque habría que determinar si toda la norma que prohíbe el uso de la fuerza armada lo es o no), la figura tal y como la Comisión la pergeñó se predica de actos de un Estado contra otro absolutamente inocente de todo mal, y no veo muy inocente respecto de lo de Kosovo precisamente a la República Federal de Yugoslavia (...)<sup>19</sup>

8. (vi). Es, sin embargo, la figura de la *intervención de humanidad* la que *prima facie* podría plantear más dudas en cuanto causa de justificación de la intervención OTAN. De hecho, ha sido la única justificación, precisa y concreta, que alguno de los Estados miembros, que jugó un importante papel en el desarrollo de los ataques por lo demás, ha invocado. Me refiero al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y a su intervención ante el Consejo de Seguridad, en la sesión anteriormente citada en la que se rechazó un proyecto ruso de resolución pidiendo el cese de los bombardeos, al declarar que los actos de la OTAN (la "intervención militar" la denominó en concreto): "(...) estaba

*Rapport de la CDI sur les travaux de sa quarante-huitième session (6 mai-26 juillet 1996), Assemblée Générale, documents officiels. Cinquantième session. supplément n° 10 (A/51/10),* pág. 169

18. Sesión de 10 mayo 1999, CR 99/15. La cursiva es mía (<http://www.icj-cij.org>).

19. Contrarios también al juego del *estado de necesidad* en el caso concreto de Kosovo se han manifestado *expressis verbis*, SPINEDI, M.. "Uso della forza da parte della NATO in Jugoslavia e Diritto internazionale", *Quaderni Forum*, XII, n° 3, 1998, Florencia, págs. 27 ss., pág. 30; KOHEN: *Op. cit.* (nota 4), pág. 137 (parágrafo 23).

Sobre la eventual aplicación del *estado de necesidad* a los usos de la fuerza armada, vid. GUTIÉRREZ ESPADA: *El estado de necesidad...* cit. (nota 16), sobre todo págs. 91 ss.; e ID.: "La responsabilidad..." cit. (nota 16), págs. 282



justificada como una medida excepcional para impedir una catástrofe humanitaria colosal<sup>20</sup>.

También Estados Unidos, Bélgica y los Países Bajos, en las exposiciones orales ante el TIJ con motivo de la demanda de Yugoslavia (*infra* párrafo 9), alegaron la necesidad de evitar una "catástrofe humanitaria" como justificación, Bélgica de modo particularmente preciso<sup>21</sup>.

Y, asimismo, en las pertinentes aclaraciones ante el Parlamento nacional o en declaraciones a la opinión pública, los Gobiernos de Italia, el Presidente de la República en Francia, o de Países Bajos, España o Alemania insistieron en la misma argumentación, precisando la inevitabilidad de la intervención habida cuenta del bloqueo del Consejo de Seguridad<sup>22</sup>.

Se trata de una vieja figura, que ya definió con precisión, hace noventa años, Rougier y con la que se reconocía el derecho de un Estado para ejercer un control internacional mediante el uso de la fuerza militar respecto de los actos de otro, cuando estos resultan contrarios a las leyes de humanidad<sup>23</sup>.

Ha llovido mucho desde principios del siglo XX, sin duda. Y, con todo, resulta en extremo difícil, demostrar que el Derecho internacional contemporáneo admite hoy y ya intervenciones armadas por causa de humanidad, por comprensibles que desde un punto de vista lógico y moral estas, en ocasiones, resulten. Cuestión distinta es que las citadas exigencias lógicas y morales, y

20. S/PV.3988, de 24 marzo 1999, pág. 11, y, asimismo en la sesión 3989, del 26 de marzo.

21. Sres. ANDREW, ERGEC y LAMMERS, sesiones de 10 de mayo de 1999, CR 99/15 y de 11 de mayo, CR 99/24 y CR 99/20 (véase <http://www.ici-cij.org>.)

22. Para los casos de Italia y Alemania véase, respectivamente, ZAPPALÁ cit. (nota 10), págs. 985-86 y SIMMA, B.: "NATO, the United Nations and the use of force: Legal aspects", *European Journal of International Law*, 10 (1999), nº 1, págs. 1-22, en págs. 12-13.

Por lo que a los Países Bajos refiere <http://www.bz.minboza.n/english/news/048.html> y en cuanto a Francia: <http://www.elysee.fr/plweb-cgi/fastweb>.

Para el caso español, *BOCG, Congreso de los Diputados*, VI Legislatura, nº 236, sesión plenaria nº 228, 4 de mayo de 1999, págs. 12.594 ss. (en especial 12.599-12.605).

23. ROUGIER, A.: "La théorie de l'intervention d'humanité", *Révue Générale de Droit International Public*, 1910, págs. 468-482; y para un análisis actual de esta figura ad ex. FERRER LLORET, J.: *Responsabilidad internacional del Estado y derechos humanos*, Tecnos-Universidad de Alicante. Alicante, 1998, págs. 287-313; y P. PICONE: *Op. cit.* (*infra* nota 76), págs. 338 ss.

hasta de conveniencia social diría yo, exijan reconvertir, reinterpretar, modular un Derecho que tal y como es no nos sirve (infra IV-VII)<sup>24</sup>.

Habría que distinguir, en todo caso, entre *intervención humanitaria* e *intervención de humanidad*. La primera se aplica con frecuencia en la práctica moderna, consistiendo en *imponer* a un Estado (ante su silencio o aún contra su voluntad) la ayuda o asistencia en casos de catástrofe humanitaria; aquí o no existe la necesidad del uso de la fuerza armada o, de existir, se trata únicamente de la aportación de elementos militares que proporcionarán apoyo logístico, con lo que en todo caso el uso de la fuerza siempre será muy modesto no dirigiéndose nunca *contra* el Estado en el que se interviene. Estas operaciones de asistencia humanitaria siempre se han llevado a cabo bajo la responsabilidad de la ONU, creando "zonas de exclusión aérea" para que un Estado (Irak) no bombardee a *sus* kurdos, o "zonas protegidas" o "santuarios" o protección militar para operaciones de asistencia humanitaria (Bosnia), o de operaciones de gran alcance para levantar Estados que se caen a pedazos (Somalia). Estas Operaciones, en las que hay, sin duda, en muchos casos una *injerencia* se admiten<sup>25</sup>, y aun algunos hablan ya de un *derecho-deber de injerencia humanitaria* como formando parte o estando a punto de serlo del Derecho internacional consuetudinario. En todo caso, se trataría de una injerencia limitada y en modo alguno comparable a las intervenciones armadas *contra un Estado* por violación de los derechos humanos; la *intervención de humanidad*, por el contrario, no supone ya en modo alguno la prestación de ayuda médica o sanitaria por ONG's u Organizaciones internacionales con un dispositivo de apoyo militar a los "cooperantes", sino de, podría decirse vigorosamente,

24. Es desde este punto de vista en el que deben interpretarse, en mi opinión, las ideas sobre esta figura del profesor BERMEJO GARCÍA, R.: *El marco jurídico internacional en materia del uso de la fuerza. Ambigüedades y límites*, Civitas, Madrid, 1993, pág. 401; e ID.: "Cuestiones actuales referentes al uso de la fuerza en el Derecho internacional", *Anuario de Derecho Internacional*, XV (1999), págs. 3-70 (en págs. 59-69).

O las más recientes palabras de un militar español, cuando sostiene que "la realidad nos impone este tipo de intervenciones (...). Quizás, hoy por hoy, sea una cuestión de medida y proporción" (JÁUDENES LAMEIRO, J.: "La intervención en las relaciones internacionales. Intervenciones lícitas e ilícitas", *El Derecho de intervención en los conflictos. Cuadernos de estrategia*, n° 79, CESEDEN, Ministerio de Defensa, Madrid, 1995, págs. 41-57, en pág. 57).

25. El TIJ, en el asunto sobre las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua parece distinguir entre la legalidad de la asistencia humanitaria y la intervención de humanidad (*CJIJ Recueil 1986*, sentencia de 27 de junio de 1986, párrafos 268 y 242).

"arrancar (ni más ni menos) a las víctimas de las masacres de las garras de sus opresores"<sup>26</sup>.

La práctica de los Estados existe desde luego<sup>27</sup>, pero en todos lo supuestos el motivo estrictamente humanitario (protección en general de los derechos humanos) o no se utilizó o se hizo sólo complementariamente o con carácter secundario, y, en todo caso, nunca resolución alguna de órgano alguno de Naciones Unidas ha reconocido el derecho unilateral de un Estado para intervenir por razones de humanidad en otro sin su consentimiento<sup>28</sup>. Item más, el TIJ ha establecido claramente que la situación relativa a los derechos humanos (en Nicaragua) podría (siempre a juicio de los Estados Unidos) ser calamitosa y que sin embargo:

"(...) el uso de la fuerza no es el método adecuado para verificar y garantizar el respeto de esos derechos"<sup>29</sup>.

9. El 26 de abril de 1999, un mes y dos días después de haberse iniciado los ataques, Yugoslavia demandó a los diez Estados miembros de la

26. Emmanuel SPIRY: "Intervention humanitaire et interventions d'humanité: La pratique française face au Droit international", *Révue Générale de Droit International Public*, 102 (1998), n° 2, págs. 407-434, en pág. 409. Sobre ambos conceptos, y además del artículo citado, *Vid. ad ex.* GROS ESPIEL, H.: "Intervención humanitaria y derecho a la asistencia humanitaria", *El Derecho internacional en un mundo en transformación. Liber Amicorum en honor al profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1994, tomo I, págs. 299-319.

27. Véase, por ejemplo, recientemente, en VARGAS CARREÑO: *Op. cit.* (nota 5), págs. 1632 ss., 1634 ss; CHARNEY, J.I.: "Anticipatory humanitarian intervention in Kosovo", *The American Journal of International Law*, 93 (1999), n° 4, págs. 834-841, en pág. 836.

28. En el mismo sentido, esto es, que la Carta acabó con la intervención de humanidad y que el Derecho vigente no la admite, HENKIN, L.: "Kosovo and the Law of 'humanitarian intervention'", *The American Journal of International Law*, 93 (1999), n° 4, págs. 824-828, en 824-825; CHARNEY cit. (nota 27), págs. 835 ss; MOMTAZ, D.: "L'intervention d'humanité de l'OTAN au Kosovo et la règle du non-récourse à la force", *International Review of the Red Cross*, 82, n° 837, marzo 2000, págs. 89-102 (sobre todo 91-92, 95-97); VALTICOS, N.: "Les droits de l'homme, le Droit international et l'intervention militaire en Yougoslavie. Ou va-t-on? Éclipse du Conseil de Sécurité ou réforme du droit de veto", *Révue Générale de Droit International Public*, 2000, n° 1, págs. 5-18, en pp. 7-12.

Y más en general, también sobre la contrariedad de las operaciones OTAN con la Carta: SIMMA: *Op. cit.* (nota 22), págs. 1-22; CASSESE, A.: "Ex injuria ius oritur: Are we moving towards international legitimation of forcible humanitarian countermeasures in the world community", *European Journal of International Law*, 10 (1999), n° 1, págs. 23-30.

29. S. de 27 de junio de 1986, *CIJ Recueil 1986*, pág. 134, párrafo 268.

OTAN que en ellos participaron ante el TIJ por, *inter alia*, violación de la norma que prohíbe el uso de la fuerza, solicitando además la adopción por el Tribunal de medidas provisionales. Es de lamentar que el TIJ tuviera que declararse incompetente para conocer de esta petición de medidas provisionales, privándonos así (al menos por ahora) de una respuesta clara a lo que muchos internacionalistas han intuido; pero así es el Derecho internacional, una *lex imperfecta*, porque obligando a sus sujetos a resolver por medios pacíficos sus conflictos no les impone después procedimiento alguno de solución si ellos no lo consienten. Con todo, no está cerrado el asunto, pues si de una parte el TIJ en sus Ordenes sobre las medidas provisionales solicitadas por Yugoslavia así lo afirma (sin que en estos momentos quepa imaginar con claridad en qué nido jurisdiccional el Tribunal pondrá su huevo), de otra puede abrirse una “forma” añadida para que el TIJ “hable”: ¿No es esto (su competencia consultiva) lo que han sugerido en definitiva Rusia y Bélarus recientemente al solicitar que el Tribunal se pronuncie sobre si “el Derecho internacional contemporáneo autoriza a un Estado o grupo de Estados a recurrir a la fuerza armada sin decisión del Consejo de Seguridad *ex* Capítulo VII, fuera de los casos de legítima defensa individual o colectiva previstos en el art. 51 de la Carta?”<sup>30</sup>.

Dos “conexiones”, fundamentalmente, utilizó Yugoslavia para buscar la competencia del Tribunal: De una parte, el art. 36.2 de su Estatuto, y de otro el art. IX de la Convención sobre prevención y represión del crimen de genocidio<sup>31</sup>:

i) Respecto del art. 36.2, el TIJ consideró, en los casos de Bélgica, Canadá, Holanda y Portugal, que dado que Yugoslavia habría formulado su declaración de aceptación de la jurisdicción del TIJ *ex* art. 36.2 el 26 de abril y en aplicación de la figura de la *reciprocidad*, sólo para los ataques armados a partir de ese día jugaría la aceptación de la jurisdicción del Tribunal por Yugoslavia, pero no para los ataques que propiciaron el caso, pues estos comenzaron el 24 de marzo y porque los que siguieron ininterrumpidamente debe entenderse que constituye el mismo y no que “cada ataque abre una

30. *Rapport du Comité Spécial de la Charte des Nations Unies et du raffermissement du rôle de l'Organisation, Assemblée Générale, Documents Officiels, 54 session, sup. N° 33 (doc.: A/54/33), págs. 13 ss.*

31. *BOE* 8 de febrero de 1969.

controversia nueva (y distinta)"<sup>32</sup>. En el marco de las exposiciones orales de las partes en este asunto, el Reino Unido alegó la cuidadosa elección de la fecha y términos de la declaración yugoslava de aceptación de la cláusula opcional, con el único fin de "impedir al Tribunal investigar su comportamiento en Kosovo antes del 25 de abril de 1999 ..." "<sup>33</sup>.

En los casos de España y el Reino Unido, el argumento del TIJ para declararse incompetente fue otro: Ambos países, en sus respectivas declaraciones de aceptación de la cláusula, han excluido las controversias con los Estados que no hayan formulado su declaración al menos un año antes de la formación de la controversia en cuestión ante el Tribunal. En el presente caso, Yugoslavia aceptó la cláusula del art. 36.2 del Estatuto un 26 de abril de 1999 para presentar su demanda contra España y el Reino Unido (y los demás Estados miembros de la OTAN) tres días más tarde<sup>34</sup>. Claro como el agua, o, por emplear los términos del juez ODA en su Opinión separada a las distintas Ordenes con referencia a los casos español y británico: "It is crystal clear that the Court cannot exercise jurisdiction..."<sup>35</sup>.

Alemania, Francia, Italia y Estados Unidos, también demandados, no tienen actualmente aceptada la jurisdicción del TIJ *ex art.* 36.2 de su Estatuto.

ii) Respecto del art. IX del Convenio sobre el genocidio, en los casos de Bélgica, Canadá, Francia, Alemania, Holanda, Italia, Reino Unido y Portugal, el TIJ consideró que siendo esencial del genocidio la destrucción de un "grupo nacional, étnico, racial y religioso", como afirmara ya en su Orden

32. Orden de 2 de junio de 1999, asunto relativo a la legalidad del uso de la fuerza, respectivamente párrafos 22 ss. (Bélgica), 27 ss. (Canadá), 22 ss. (Holanda), y 21 ss (Portugal). También en *International Legal Materials* XXXVIII, nº 4, julio 1999, págs. 956-58, 1044-45, 1107-1109. 1132-34.

Para una reflexión doctrinal sobre este asunto: WECKEL, PH.: "Cour International de Justice. Affaires relatives à la licéité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Allemagne et autres). Ordonnances du 2 juin 1999", 103 (1999), *Révue Générale de Droit International Public*, nº 3, págs. 697-708; María José CERVELL HORTAL ha elaborado también un comentario sobre el caso que figura en este mismo *Anuario*.

33. Sr. GREENWOOD, ses. 11 mayo 1999, CR 99/23.

34. Orden de 2 de junio de 1999, párrafos 23-25 (España) y 23-25 Reino Unido (*International Legal Materials* cit. en nota 32, págs. 1156 y 1134 respectivamente).

35. Opinión Separada, párrafo 8 (*International Legal Materials* cit., en nota 32, pág. 977).

de 13 de septiembre de 1993<sup>36</sup>, no estima que la amenaza o el uso de la fuerza contra un Estado pueda *per se* constituir un acto de genocidio en el sentido del art. II del Convenio en cuestión, considerando además el Tribunal (que se cita a sí mismo, mencionando pasajes de su Opinión consultiva de 1996 sobre el asunto de la legalidad del uso o amenaza de armas nucleares, *CIJ Recueil 1996*, pág. 240, párr. 26) que en el estado actual de la causa no parece que los bombardeos a los que se refiere la demanda de Yugoslavia "impliquen el elemento de intención hacia un grupo como tal, requerido por la disposición citada"<sup>37</sup>.

En el caso de España y de los Estados Unidos, el caso es más sencillo:

— España, al vincularse al Convenio de 1948 lo hizo con una reserva "respecto del conjunto del art. IX" que se incluía en el instrumento de aceptación que fue depositado ante el Secretario General de Naciones Unidas el 13 de septiembre de 1968<sup>38</sup>, tras comprobar que el Convenio sobre el genocidio no prohíbe las reservas y que Yugoslavia no había objetado la reserva española, el Tribunal concluye que entre ambos países el art. IX del Convenio debe considerarse excluido<sup>39</sup>.

— Estados Unidos también se vinculó a la Convención sobre el genocidio mediante un instrumento de ratificación, depositado el 25 de noviembre de 1988, con una reserva al art. IX del mismo en cuya virtud el TIJ sólo podría intervenir con consentimiento específico de Estados Unidos en cada caso<sup>40</sup>. El Tribunal, como en el caso de España, concluyó sosteniendo la "volatilización" (el término es mío) en este caso del art. IX entre Yugoslavia y los Estados Unidos<sup>41</sup>.

36. Asunto sobre la aplicación del Convenio sobre prevención y castigo del crimen de genocidio (medidas provisionales), *CIJ Recueil 1993*, pág. 345, párrafo 42.

37. Orden de 2 de junio de 1999, párr. 40 (Bélgica); párrafos 23 ss (Canadá); párrafos 21 ss. (Francia); párrafos 21 ss. (Alemania); párrafos 34 ss. (Holanda); párrafos 21 ss. (Italia); párrafos 33 ss. (Portugal); párrafos 29 ss. (Reino Unido). Todas en *International Legal...* cit. (nota 32), págs., respectivamente, 960, 1045-47, 1064-66, 1080-82, 1110-11, 1094-95, 1135-36, 1175-77.

38. *Multilateral treaties deposited with the Secretary General. Status as at 30 april 1999*, Naciones Unidas, Nueva York, 1999, pág. 92.

39. Orden de 2 de junio de 1999, párrafos 29-33 (*The International Legal...* cit. en nota 32, pág. 1157).

40. *Multilateral treaties...* cit. (nota 38), pág. 92.

41. Orden de 2 de junio de 1999, párrafos 21-25 (*International Legal Materials* cit. en nota 32, págs. 1193-94).

El TIJ ciertamente se mostró "profundamente preocupado por el uso de la fuerza en Yugoslavia" y consideró que el uso de la misma en el caso que motivó la demanda yugoslava "plantea serios problemas de Derecho internacional..."<sup>42</sup>. ¡Interesante, sí, que el Tribunal hubiera podido entrar en el fondo del asunto!. De todos modos, Philippe WECKEL ha creído ver en los cuatro considerandos que el Tribunal dedica a estas reflexiones (párrafos 15 a 18) indicaciones "preciosas porque orientan el debate en la dirección determinada...", que, considero sugiere el internacionalista francés, señala "al marco de la seguridad colectiva" (y no al de la injerencia humanitaria). Es decir, el profesor de Nice parece creer que el TIJ apunta a que sólo el Consejo de Seguridad es el responsable de encontrar solución a un conflicto que él había generado por su incapacidad de autorizar la intervención, con lo que, se nos viene a decir, la Verdad solo está en el sistema de la Carta no fuera de ella<sup>43</sup>.

10. La manifiesta, en mi opinión, ilegalidad formal de la intervención armada de la OTAN en Kosovo no empece para reconocer su conveniencia moral. Lo cual abre paso de par en par las puertas a dos reflexiones que deben en mi opinión continuar la reflexión más allá de la constatación de la violación del Derecho sin duda producida. Porque los actos de la OTAN no se avienen, desde luego, al Derecho internacional tal cual hoy es, pero constituyen también el *síntoma* de un Derecho enfermo y aún un *aviso* para el porvenir del mismo en ciertas cuestiones.

## II. PERO TAMBIÉN SÍNTOMA (...).

1. La intervención de la OTAN es Kosovo no tiene justificación jurídica formal pero sí moral. La nobleza de su finalidad no puede discutirse, pues a estas alturas del siglo la comunidad internacional no puede permitir (y no debería, este es el problema, cerrar los ojos selectivamente) la violación sistemática de los derechos humanos<sup>44</sup>. Y en Kosovo, el Gobierno yugoslavo

42. Orden de 2 de junio de 1999, párr. 17 (Bélgica; *International Legal Materials* cit. en nota 32, pág. 955); y el mismo pasaje se reproduce en el caso de todos los demás Estados demandados.

43. *Op. cit.* (nota 32), págs. 698, 706-707.

44. Sobre el papel de los derechos humanos, casi como artículo de fe, en una sociedad internacional como la actual, *vid. ad ex.* IGNATIEFF, M.: "Derechos humanos: La crisis de los cincuenta". *Política Exterior*, XIII, julio-agosto 1999, nº 70, págs. 131-149.

les pisoteaba inmisericordemente. En marzo de 1998, Mary ROBINSON, Alta Comisaria de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, lo proclamaba abiertamente, insistiendo en ello con el agravamiento del problema en la primavera de 1999<sup>45</sup>; el mismo Secretario General de Naciones Unidas lo ha dicho, también, sin ambages:

— El 7 de abril de 1999, en un discurso en Ginebra ante la Comisión de Derechos Humanos, hacía una decidida apuesta por la injerencia humanitaria<sup>46</sup>. En efecto, decía el Secretario General:

"La campaña sistemática y viciosa de limpieza étnica llevada a cabo por las autoridades serbias en Kosovo parece tener un objetivo: expulsar o matar al mayor número posible de albaneses (...). Emerge lentamente, pero creo que de forma imparable, una norma jurídica contra la represión violenta de las minorías que debe preceder a los principios de la soberanía estatal"<sup>47</sup>.

— Un mes después, en La Haya, el mismo Kofi ANNAN manifestaba, sin embargo, que "a menos que se devuelva al Consejo de Seguridad una posición preeminente como única fuente de legitimidad en el uso de la fuerza, nos embarcaremos en el peligroso camino de la anarquía".

¿Oportunismo del Secretario General, diciendo, según el auditorio, lo que este quiere oír? No, simplemente confusión, perplejidad, desgarramiento incluso ante un dilema horrible: El imperativo moral de parar la barbarie del Gobierno de un Estado frente al imperativo de respetar, tal como es y está porque sus creadores así lo quieren y no de otro modo, la legalidad formalmente establecida.

2. Personalmente, no puedo aceptar que la "guerra de Kosovo" se analice únicamente desde las coordenadas del Derecho internacional tal cual hoy existe, y poner fin así al estudio del caso. No puedo admitir un planteamiento tan alicorto y miserable; la "guerra de Kosovo" exige, reconocida la antijuridicidad formal de lo que se hizo, continuar vigorosamente el análisis.

45. Doc. HR/98/12 de 3 de marzo de 1998, y declaraciones ante la Comisión de derechos humanos de Naciones Unidas de 9 de abril de 1999 ([http://www/un/chr.ch/hurricane/hurricane.nsf/\(Symbol\)/OHCHR.MLS.99.1](http://www/un/chr.ch/hurricane/hurricane.nsf/(Symbol)/OHCHR.MLS.99.1)).

46. Tan clara que Inocencio F. ARIAS sostiene que se trató de una "pieza oratoria que por su claridad y por la calidad del emisor puede ser incorporada a una antología de los defensores del Derecho internacional de injerencia por razones humanitarias" ("¿Matará el Consejo de Seguridad a la ONU?", *Política Exterior*, XIII, julio-agosto 1999, n.º 70, págs. 59-69, en págs. 59-60).

47. SG/SM/6949, de 7 de abril de 1999.



En mi opinión, Kosovo no puede analizarse solo desde el punto de vista estricto de su conformidad o no con el Derecho internacional existente., Ha escrito Marcelo KOHEN recientemente que cada vez que la sociedad internacional se ha enfrentado a una crisis grave que implicaba el uso de la fuerza, los internacionalistas han adoptado cuatro actitudes fundamentalmente: *Algunos* contrastan el comportamiento en cuestión con el Derecho internacional positivo y lo consideran ilegal, *otros* intentan retorcer el Derecho para encontrar en él una justificación, jurídica por tanto, a conductas manifiestamente antijurídicas, *en tercer lugar* hay autores que ponen de manifiesto la “tosquedad”, el “primitivismo”, la “imperfección” del Derecho en la materia y su inadecuación a las necesidades del momento de la comunidad internacional<sup>48</sup>, y, *en fin*, hay quienes como el “condenado por desconfiado” de nuestros clásicos arroja la toalla y abandona el barco de lo Jurídico, negando y más de tres veces al Derecho internacional<sup>49</sup>. Y si el profesor de Ginebra se decanta por la primera opción, quien esto escribe se declara fervoroso cofrade de la tercera. Personalmente sería incapaz de no rebelarme, de permanecer con cara de jugador de póker que arriesga sus últimas fichas en un farol tras constatar: “La sécurité collective entre les mains d'un Conseil de Sécurité dominé par le droit de veto est certes un mauvais système, mais il n'y en a pas pour l'instant de meilleur”<sup>50</sup>. ¿Y ya está?, ¿qué se le va a hacer?; ¿es esto lo que queremos? ¡No, no, y mil veces no!

Creo firmemente que existen razones que justifican, en el asunto de Kosovo, no quedar atrapados en ese análisis a ras del Derecho existente, sino pronunciarse también sobre la utilidad de este para la sociedad internacional del siglo XXI a la luz de lo que en esa región del mundo ha ocurrido y ocurre<sup>51</sup>. Si la intervención armada de la OTAN es tan generalizadamente contemplada desde una perspectiva moral o ética, de *legitimidad* más que de *legalidad*, es precisamente por la situación de crisis en que el Derecho internacional se encuentra en este punto. La legitimidad es para la legalidad, se ha escrito con delicadeza, “un monstre qui le devore en la caressant”<sup>52</sup>; esto es, por expresarlo

48. Añado yo un estrambote: Acertando plenamente cuando proponen además las reformas oportunas (...).

49. KOHEN, M.G.: Op. cit. (nota 4), pág. 122 (párrafo 2); un planteamiento similar en SUR, S.: “Aspects juridiques de l'intervention de l'OTAN au Kosovo”, *Défense Nationale*, décembre 1999, págs. 44-62, en pág. 46.

50. Como constata M.G. KOHEN: Op. cit. (nota 4), pág. 145 (párrafo 41).

51. Infra nota 56..

52. SUR, S. cit. (nota 49), pág. 44.

en roman paladino, la insistencia en la legitimidad de una acción es síntoma de un Derecho enfermo. Y este, sin duda alguna, me parece ser el caso que nos ocupa.

3. El Derecho internacional vigente exigía, para el uso de la fuerza armada por la OTAN, la autorización previa del Consejo de Seguridad. Esto es así y no cabe discusión. En febrero de 1992, humeantes aún los campos de batalla del Golfo, el Secretario General adopta su *Agenda para la paz*<sup>53</sup>, en la que contemplaba un amplio espectro de actividades en el tema del mantenimiento de la paz: Desde la diplomacia preventiva a la imposición de la paz, pasando por la reconstrucción y rehabilitación de sociedades dañadas o destruidas. El Sr. BOUTROS-GHALI reevaluó su Agenda con un Suplemento en 1995<sup>54</sup>. En esencia, este enfatizaba una especie de división del trabajo, diferenciando entre la *autorización* del amplio espectro de Operaciones de paz que correrá siempre a cargo de una resolución del Consejo de Seguridad, y su *puesta en obra, su aplicación*, que podría también correr a cargo de Naciones Unidas o, en particular en el caso de "operaciones de imposición de la paz", por una Organización regional existente (por ejemplo, la OTAN) ya por una coalición *ad hoc* dirigida por Estados importantes (siguiendo el modelo de la Guerra del Golfo) con la autorización del Consejo de Seguridad<sup>55</sup>.

Este modelo parece agotado. Al reposar todo en la autorización previa del Consejo, el veto entra en juego y es perfectamente posible que un veto puramente político y por tanto irracional impida una intervención militar autorizada, como es preceptivo, por el Consejo para evitar una masacre intolerable. ¿O no es posible?; fue, precisamente, el reiteradamente anunciado veto ruso (y tal vez chino) lo que movió a la OTAN a marginar en su acción a la Organización de Naciones Unidas.

4. En conclusión, si el Derecho tal y como está no permite evitar una catástrofe humanitaria sin precedentes por la vía de una intervención huma-

53. Doc.: A/47/277-S/24.111, 17 junio 1992 (*An Agenda for Peace. Preventive diplomacy, peacemaking and peace-keeping. Report of the Secretary General pursuant to the statement adopted by the summit meeting of the Security Council on 31 January 1992*). El texto íntegro de la misma puede consultarse también en Boutros Boutros-Ghali. *Amicorum discipulorumque liber. Paix, démocratie, développement. Peace, democracy, development*, Bruylant, Bruselas, 1998, vol. II, págs. 1.481-1.503.

54. Doc.: A/50/60-S/1995/1, de 3 de enero de 1995 (*Supplement to an Agenda for peace. Position of the United Nations*). Puede consultarse también en Boutros Boutros-Ghali *Amicorum...* cit. (nota 38), II, págs. 1.504-1.527.

55. *Supplement to an Agenda...* cit. (nota 54), párrafos 77 ss., 85 ss.

nitaria centralizada e institucional, cuando esta se revela moralmente imperativa, es decir, si el Derecho tal y como está no es útil socialmente, ¿para qué lo queremos?

Y no considero admisible que la reacción del internacionalista y de la comunidad internacional en general deba consistir ante este caso en un "qué se le va a hacer (...), pero que no vuelva a ocurrir", y tras la media vuelta de rigor seguir durmiendo. No, creo por el contrario que el Derecho debería modificarse o "entenderse" de acuerdo con la nueva situación <sup>56</sup> ¿Cómo? (*infra* IV-VII).

### III. (...) Y AVISO

1. Los sucesos de Kosovo y su desenlace final constituyen, asimismo, un aviso importante que la comunidad internacional no debería despreciar. ¿De qué el aviso?

Acaso de que el fantasma del nacionalismo recobrado en la década de los noventa debería encontrar, de una vez, respuesta clara y firme del Derecho internacional sobre la base de una reconsideración, si preciso fuera, del principio de libre determinación de los pueblos.

2. La "guerra de Kosovo" arranca de un deseo de autodeterminación del pueblo kosovar brutalmente reprimido por el Estado del que forma parte. Sí la "guerra de Kosovo" arranca del maltrato por un Estado de uno de sus pueblos. Si para el profesor GHEBALI el asunto de Kosovo se inicia en rigor en 1989 cuando el Gobierno de Belgrado revocó (un 23 de marzo) el estatuto de autonomía de Kosovo<sup>57</sup>, para el que ha sido hasta hace bien poco Represen-

56. Comparto plenamente por tanto la frase de R. BERMEJO GARCÍA de que "(...) anclarse sin más en las disposiciones del Capítulo VII para condenar la intervención de la OTAN me parece, pura y simplemente, un análisis demasiado superficial" ("Cuestiones..." cit. en nota 24, pág. 67). En el mismo sentido, posteriormente, S.SUR cit. (nota 49), págs. 51 ss.; ZAPPALÁ cit. (nota 10), pág. 995; HENKIN cit. (nota 28), págs. 826-828; CHARNEY cit. (nota 27), págs. 838-839.

57. V.-Y. GHEBALI: "Le Kosovo entre la guerre et la paix", *Defense Nationale*, agosto-septiembre 1999, págs. 62-69, en pág. 63. Y por si hubiera duda alguna posible al respecto, me remito a la afirmación escrita de un autor serbio que conectó (y justificó parece) la supresión de la autonomía del territorio con el objetivo del Gobierno yugoslavo de "reforzar sus derechos soberanos sobre la totalidad de su territorio" (PETKOVIC, R.: "Yugoslavia versus Yugoslavia", *European Affairs*, vol. I, 1991, febrero-marzo, en pág. 75).

tante de la comunidad internacional para Bosnia-Herzegovina la cuestión está también muy clara:

"Kosovo está detrás de la primera represión sangrienta de una reivindicación nacionalista -la manifestación kosovar por el estatuto de República en 1981-(...) Los (otros) dos grandes actos del problema de Kosovo (son) julio de 1990 y septiembre de 1991 (supresión de las instituciones políticas de la provincia y proclamación de la 'República de Kosovo') y febrero de 1996 (primeros atentados del Ejército de Liberación de Kosovo (ELK))"<sup>58</sup>.

3. ¿Y qué enseñanzas se desprenden de la "guerra de Kosovo" en relación con el principio de libre determinación de los pueblos? Partimos del dato, machaconamente repetido, de que el ataque de la OTAN a Yugoslavia se debe al hecho (y se condiciona el cese de los bombardeos a que Belgrado ceda en este tema) de que el Gobierno yugoslavo no acaba de reconocer un amplio estatuto de autonomía para Kosovo en el seno de Yugoslavia como Estado soberano<sup>59</sup>:

— En la Conferencia de Rambouillet, el plan definitivo que oferta a ambas partes el Grupo de Contacto está formado por diez principios básicos, dos de los cuales son: El respeto a la integridad territorial de Yugoslavia, y un alto grado de autonomía para Kosovo<sup>60</sup>. Con dudas y reticencias ambas partes aceptan esos principios: Los albanos-kosovares quieren la independencia o, al menos, la celebración de un referéndum de autodeterminación tras la expiración de un acuerdo transitorio de tres años, pero acaban firmando el Plan de paz; el

58. WESTENDORP, C.: "Kosovo: Las lecciones de Bosnia", *Política Exterior*, XIII, julio-agosto 1999, nº 70, págs. 45-58, en pág. 45.

59. La preferencia por la opción *autonomista* sobre la *independentista* para Kosovo se remonta a varios años atrás, al menos desde 1994, y tanto a nivel de Naciones Unidas, como de la OSCE, el Consejo de Europa o la Unión Europea. *Vid. ad ex.* las referencias y documentos que aporta GONZÁLEZ VEGA, J.: "La protección internacional de las minorías en Europa. Especial referencia a la situación en la antigua Yugoslavia", *Cursos de Derecho humanos de Donostia-San Sebastián*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, vol. I, 1999, págs. 49-104, en pág. 101.

60. Los otros ocho: Alto el fuego en el territorio, apertura entre ambas partes de negociaciones de paz, un acuerdo de transición sobre Kosovo de tres años, no suspensión o modificación unilateral de dicho acuerdo, respeto de los derechos de todos los grupos nacionales en Kosovo, elecciones libres en la provincia supervisadas por la OSCE, una amnistía de presos políticos, y la presencia de fuerzas internacionales de seguridad. Una síntesis del acuerdo se publicó en *El País*, jueves 4 de marzo de 1999; véase también DE LA GORCE, P.M.: "La historia secreta de las negociaciones de Rambouillet" e "Historia de unas negociaciones engañosas", *Le Monde diplomatique*, mayo 1999, pág. 18 y junio 1999, pág. 16.



Gobierno yugoslavo acepta la autonomía de Kosovo aunque en términos siempre ambiguos. Yugoslavia, finalmente, se niega a firmar el Plan de Rambouillet, al no resignarse a algunos de sus principios (el más importante sin duda la presencia en Kosovo de una Fuerza internacional de seguridad).

— La OTAN ataca y comunica su decisión de proseguir hasta que Belgrado acepte el Plan de Paz, en el que se destaca que el futuro del territorio pasa por su continuidad en el seno de Yugoslavia pero con un amplio estatuto de autonomía.

— La evolución posterior de los acontecimientos confirma la omnipresencia en toda la crisis de estos dos puntos: (i) Así, en la Cumbre de la OTAN en Washington de abril de 1999, con los ataques en marcha, la *Declaración de Kosovo* que en ella se aprueba ofrece una aproximación de los que será el futuro status del territorio, según el cual este se convertirá en una especie de protectorado bajo administración internacional y, seguidamente, quedará "como una región con una 'sustancial autonomía' dentro de Yugoslavia".- (ii) El 3 de mayo de 1999, el Gobierno de Belgrado ofrece una salida al conflicto con base un documento de cuatro puntos, el tercero de los cuales sostenía la apertura de "un proceso político y la definición de una amplia autonomía para Kosovo en el marco de Serbia, sobre la base del principio de la igualdad de todos los ciudadanos y de la igualdad de las comunidades nacionales".- (iii) En la segunda semana del mes de mayo, el G-8, reunido en Bonn, presentó una propuesta para acabar con la "guerra de Kosovo", en la que se contemplaba la adopción por el Consejo de Seguridad de la ONU, marginado absolutamente de la intervención, de una resolución que incluyera siete principios generales, el sexto de los cuales exigía la apertura de un "proceso político dirigido al establecimiento de un acuerdo-marco político interino, que prevea para Kosovo una autonomía considerable, que tenga en cuenta los acuerdos de Rambouillet y el principio de soberanía e integridad territorial de Yugoslavia y de los otros países de la región, y la desmilitarización del Ejército de Liberación de Kosovo (ELK)".- (iv) El Consejo de Seguridad aprobó el jueves 10 de junio de 1999, por catorce votos a favor y con la única abstención de la República Popular de China su res. 1244, en la que "en virtud del Capítulo VII de la Carta de Naciones Unidas, 1. Decide que la solución política a la crisis de Kosovo se basará en los principios generales manifestados en el anexo 1 y en los principios y condiciones más detalladas que figuran en el anexo". En el Anexo 1, se reproduce la Declaración publicada por el Presidente de la reunión de Ministros de Asuntos Exteriores del G-8,

celebrada en el Centro de Petersberg el 6 de mayo de 1999<sup>61</sup>, y cuyo principio sexto es el que he reproducido anteriormente.

4. La primera interrogante que surge de todo esto es la siguiente: ¿Es que el DIP obliga a Yugoslavia, para cumplir con el principio de libre determinación de los pueblos, a conceder a uno de sus pueblos un "amplio Estatuto de autonomía?" No parece que sea así. Todos creíamos que, en el caso de los pueblos no coloniales (o no sometidos a una ocupación extranjera o un régimen racista), el derecho de los pueblos a su libre determinación solo daba a estos derecho a participar en pie de igualdad en la gestión de la *res publica*, sin discriminación por su raza, credo o color. Un Estado que respeta este mínimo cumple con el Derecho internacional en cuanto a la libre determinación de sus pueblos-minoría, en virtud del párrafo séptimo del principio de libre determinación de los pueblos de la Declaración aneja a la res. 2625 (XXV), de 24 de octubre de 1970<sup>62</sup>, reproducido prácticamente por la res. 50/6, de 24 de octubre de 1995, de la Asamblea General (Declaración con motivo del cincuentenario de las Naciones Unidas)<sup>63</sup>. Una interpretación de este naturaleza parece confirmada por el TS de Canadá en su Declaración de 20 de agosto de 1998 a propósito del asunto de Quebec; en esta decisión, el TS de Canadá citando tanto la resolución 2625 como la 50/6 en los pasajes aquí mencionados, acepta que los pueblos representados sin distinción alguna respecto de los demás que integran el Estado por el Gobierno del mismo ven respetado su derecho de autodeterminación, y queda garantizada la integridad territorial del mismo, excluyéndose, pues, un derecho unilateral a la secesión o a la independencia que solo en el caso de los pueblos coloniales u oprimidos (por una ocupación militar extranjera o un régimen racista) y, acaso, los pueblos que no son

61. Sobre la misma vid. ad ex. "Chronique des faits internationaux", bajo la dirección de L. Balmond y PH. Weckel, *Révue Générale de Droit International Public*, 103 (1999), n° 3, págs. 739 ss.

62. "Ninguna de las disposiciones de los párrafos precedentes se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial de los Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principios de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos antes descrito y estén por tanto, dotados de un Gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción por motivos de raza, credo o color".

63. En su párrafo 1 dedicado al tema de la *paz*, la Declaración reafirma el derecho de libre determinación de los pueblos y reproduce el párrafo séptimo del contenido en este principio en la Declaración de 1970 (*supra* nota anterior), alterando sólo su parte final: "(...) de un Gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción alguna".

"representados por el Gobierno del Estado sin distinción alguna..." lo tendrían<sup>64</sup>. Repárese, entonces, en que el Derecho internacional no exige ni con mucho, si esta interpretación es correcta, a los Estados la concesión de "estatuto de autonomía" alguno cuanto más que este sea "amplio y considerable"; si esto es así, ¿es que está cambiando, ahora, este contenido? Debería, entonces, advertirse con claridad y, en todo caso, estar atentos a la práctica.

5. El caso de Kosovo y su desenlace parece, por otra parte, dar alas a las tesis reduccionistas que ponían en duda el reconocimiento de un derecho de

64. Supreme Court of Canada: Reference re secession of Quebec, august 20 1998, párrafos 126-139 (en *International Legal Materials*, XXXVII, 1998, n° 6, noviembre, págs. 1.371-1.374).

Repárese en las dudas que el TS de Canada tiene respecto de esta tercera excepción (vid. sobre todo los párrafos 135 y 138 de su declaración, *ILM* cit, pág. 1.373).

Sobre esta decisión vid. *ad ex*. RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, J.: "Autodeterminación y Constitución", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, III época, n° 1, enero-febrero 1999, págs. 35-56, en págs. 37-38, 43 ss; y CASANOVAS Y LA ROSA, O.: "Unidad y pluralismo en Derecho internacional público", *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, II (1998), págs. 35-267, en págs. 163-167; HALJAN, David, P.: "Negotiating Québec secession", *Révue Belge de Droit International*, XXXI (1998), n° 1, págs. 190-216 (en especial 198-99); BAYEFSKY, A.F.: *Self-determination in International Law. Québec and lessons learned*, Kluwer, La Haya, 2000.

Sabido es que la "doctrina" sentada por el TS de Canadá ha sido incorporada por el Gobierno en un proyecto de ley ("de la claridad" se la ha denominado) presentando el 13 de diciembre de 1999 al Parlamento, y en el que, entre otras duras condiciones, se otorga al Legislativo "nacional" competencias para decidir si la pregunta que se someta a los ciudadanos de Québec en el próximo (previsto para el 2003) referéndum de autodeterminación es suficientemente "clara", y para decidir, de triunfar el sí a la independencia, si la mayoría es "suficiente". Ese proyecto de ley, sin modificaciones de importancia, fue aprobado por la Cámara de los Comunes, por 208 votos a favor y 55 en contra, el 15 de marzo de 2000; no está previsto que Senado altere el fondo del texto (*ad ex El País*, miércoles 15 de diciembre de 1999, pág. 2; *ABC*, viernes 17 de marzo de 2000, pág. 39).

Las dudas sobre el derecho a la secesión de "los pueblos (que están) en Estados independientes" se manifiestan incluso en autores que son nacionales de Estados soberanos muy jóvenes, como Croacia, que formaban parte de Yugoslavia: Así para Budislav VUKAS el principio de integridad territorial de los Estados soberanos e independientes debe ser en principio respetado, admitiendo que dicho principio podrá ser ignorado en determinados supuestos solamente: "(...)si se violan los derechos humanos y libertades fundamentales, o la posición de un pueblo podría calificarse de estar bajo 'dominación extranjera', esto es bajo el dominio de otro pueblo" ("States, peoples and minorities", *Recueil des Cours*, 231, 1991-VI, Nijhoff, Dordrecht, 1999, págs. 263-524, en pp- 422-23).



secesión unilateral para los pueblos-minoría que no se ven representados sin distinción alguna en el Gobierno del Estado. El TS de Canadá, como antes he apuntado, considera "poco claro que esta "tercera propuesta refleje actualmente un estándar bien establecido de Derecho internacional (...) "<sup>65</sup>. Y digo esto porque dadas las circunstancias del caso, si las medidas del régimen de Milosevic contra el pueblo kosovar no suponen una distinción clara respecto del pueblo serbio y una clara marginación de aquél del Gobierno del Estado ¡que venga Dios y lo vea! (...) "<sup>66</sup>; ¿qué debe hacerse con un pueblo, entonces, para considerar el supuesto aplicable?<sup>67</sup>. La OTAN, en caso tal, ¿no hubiera debido apoyar la independencia abierta y francamente?, ¿acaso el principio de libre determinación de los pueblos-minoría, contrariamente a lo que algunos creíamos, no permite un derecho de secesión ni siquiera en estos casos extremos?<sup>68</sup>.

Esta es la conclusión a la que el asunto de Kosovo lleva, en opinión reciente de algún autor, que se sube a la grupa de esta caballo para cabalgar contra la que se ha denominado hipótesis de la "secesión-remedio", que en su opinión no era admitida por el Derecho positivo<sup>69</sup>. Personalmente, tengo que admitir que mi creencia en una interpretación tanto de la res. 2625 (1970)

65. Declaración cit., párrafo 135 (*ILA* cit., pág. 1373).

66. Que sea el Buen Dios por favor, y no el profesor KOHEN, porque este entiende que al pueblo kosovar no es aplicable la hipótesis prevista en la resolución 2625 de que un pueblo sea marginado del Sistema del Estado. Su situación, escribe, "il s'agit là d'un choix politique délibéré" (de una elección del propio Kosovo se entiende) (*Op. cit.* En nota 4, pág. 128, parágrafo 11). No, no puedo estar de acuerdo con este enfoque.

67. C. HILLGRUBER sí considera que la minoría albanesa es objeto de discriminación sistemática y de persecución en tanto que pueblo o grupo étnico por el Gobierno del Estado; y es coherente con su conclusión, pues es de los pocos que defiende, con base en esas consideraciones, el derecho de secesión de Kosovo ("The admission of new States to the international community", *European Journal of International Law*, 9 [1998], en pág. 509).

68. Vid. ad ex. GUTIÉRREZ ESPADA: *Derecho internacional público* cit. (nota 17), págs. 212-213; VUKAS cit. (nota 64), loc. cit.; CHRISTAKIS, TH.: *Le droit de l'autodétermination en dehors des situations de décolonisation*, La Documentation Française, París, 1999, págs. 296 ss; ABI-SAAB, G.: "Cours Général de Droit International Public", *Recueil des Cours*, 207 (1987-VII), págs. 9-464, en pp. 402-406; JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E.: "International Law in the past third of century", *Recueil des Cours*, 159 (1978-I), págs. 1-344, en pág. 110.

69. CORTEN, O.: "A propos d'un désormais 'classique': *Le droit à l'autodétermination en dehors des situations de décolonisation*, de Théodore Christakis", *Révue Belge de Droit International*, XXXII (1999), n° 1, págs. 329-349, en págs. 340-44; de la misma opinión, KOHEN, M.G.: *Op. cit.* (nota 4), págs. 127-129.



como, posteriormente, la res. 50/6 (1995), favorable al reconocimiento del derecho de secesión de los pueblos dentro del Estado despreciados y marginados de la Vida Pública o perseguidos sistemática y generalizadamente<sup>70</sup>, se ve muy duramente puesta a prueba cuando en un supuesto como el de Kosovo (Gobierno del Estado que impone un régimen absolutamente discriminatorio a uno de sus pueblos, represión feroz que linda con el genocidio, agotamiento de todo intento de solución pacífica...), los Estados que deciden reaccionar contra tal estado de cosas se enrocan en la defensa a ultranza de un estatuto de autonomía para Kosovo pero dentro siempre del Estado yugoslavo. Concedo a Olivier CORTEN que este caso "constitue certainement un précédent que témoigne de l'opposition des Etats à la consécration d'un nouveau droit à la 'secession-remède'"<sup>71</sup>).

Me gustaría añadir en todo caso, que aun de admitir esta última tesis, la OTAN no hubiera podido justificar con ella fácilmente su intervención armada directa contra Yugoslavia, sino únicamente asistir militarmente (apoyo logístico, suministro de armas y otros actos de apoyo indirecto) a las fuerzas del movimiento de liberación del territorio, sobre las conocidas bases de la que la legitimidad de la lucha y petición de ayuda militar de los pueblos se basa en el *derecho de autodeterminación* y no en la figura de la *legítima defensa*<sup>72</sup>.

5. ¿Cabe, después de todo lo sucedido, otra cosa que la independencia de Kosovo?; ¿será posible un estatuto que obligue a convivir a serbios y albano-kosovares?

No es sorprendente, desde luego, que algunos sectores estadounidenses presionen a favor del reconocimiento de la independencia, porque, a fin de cuentas, ¿por qué Kosovo debe tratarse de modo radicalmente distinto a Bosnia o a Macedonia?; ¿qué lo justificaría convincentemente?

Posiblemente, solo la prudencia política, lo que no es poco por lo demás. Y acaso una larga tradición jurídica internacional. ¿Acaso el Derecho internacional no ha sido reacio siempre a la independencia de los pueblos?; casi podría decirse que ha venido manifestando "una tendencia (...) natural"<sup>73</sup>,

70. Supra nota 68.

71. *Op. cit.* (nota 69), pág. 344.

72. Vid. ad ex. GUTIÉRREZ ESPADA: *Derecho internacional público* cit. (nota 17), págs. 218-221.

73. FRANCK, TH.M.: "Personal self-determination: The next wave in constructing identity", *Legal visions of the 21 st. century: Essays in honour of judge Christopher Weeramantry*, edit. por A. Anghy y S. Sturgess. Kluwer Law International, La Haya-Londres-Boston, 1998, págs. 241-260 (en pág. 256).

propia de un ordenamiento jurídico creado por Estados soberanos, contra las ambiciones secesionistas de los nacionalismos. Un mundo de dos mil Estados-nación no sería, seguramente, un buen lugar para vivir porque ni sería particularmente pacífico, y por tanto gobernable, ni progresaría como lo hemos hecho durante el pasado medio siglos hacia la democracia y el respeto de los derechos humanos. Como la democracia tiende a florecer en la diversidad, que requiere mutuo respeto y acomodación de los diversos intereses, la disolución de los Estados plurinacionales en sus diversas unidades rompería esta necesidad de equilibrio y, en muchos casos, la misma necesidad de una democracia podría desvanecerse. Reflexión, esta, de FRANCK<sup>74</sup> que me recuerda enormemente en su fondo a la propuesta por Carlos WESTENDORP<sup>75</sup> cuando considera que es preciso apostar, a pesar de todo, por la autonomía y no la independencia de Kosovo, y ello a fin de evitar cuidadosamente que se repita en Kosovo la división en entidades políticas "étnicas", que sería como dar la razón a Milosevic, consagrando una separación entre serbios y albaneses como si no pudieran convivir nunca más en un mismo territorio.

Prudencia política, sí, miedo en definitiva a hacer recortables con los colectivos que habitan en los Balcanes es, seguramente, lo que está detrás de esa tenaz apuesta por la autonomía y no por la independencia de Kosovo. Ojalá no sea demasiado tarde, porque la sangre derramada ha sido mucha y muy grande el odio aventado. El "protectorado de la OTAN"<sup>76</sup> deberá serlo durante años de vigilancia y cautelas porque solo así la KFOR, esto es, "la presencia internacional de seguridad con una participación considerable de la OTAN (...) bajo un mando y control unificados" (párrafos 7 y punto 4 del anexo 2 de la resolución 1244, de 10 de junio de 1999, del Consejo de Seguridad), podrán determinar el estatuto futuro definitivo de Kosovo teniendo en cuenta los acuerdos de Rambouillet.

¿El desenlace?: "Oscuro y tormentoso se presentaba el reinado de Witiza..."; a las noticias, cada día, de "los medios" me remito.

74. *Op. cit.* (nota 73), pág. 255.

75. *Op. cit.* (nota 58), pág. 55.

76. *Sic* en el "Editorial" de *Política Exterior*, XIII, n° 70, julio-agosto 1999, págs. 5-8, en pág. 6; Paolo PICONE es también tan o más incisivo: "(una sorta di nuovo protettorato nei Balcani), suscettibile di essere sfruttata 'con mani libere' dai vincitori" ("La 'guerra del Kosovo' e il Diritto Internazionale generale", *Rivista di Diritto Internazionale*, LXXXIII (2000), n° 2, págs. 309-360, en pág. 358).

6. Debe en cualquier caso rescañarse que la autonomía prevista para Kosovo es mucha, mucha autonomía. Más de un comentarista de los *medios* ha señalado, a propósito de los Acuerdos de Rambouillet, que concedían a Kosovo una autonomía "lindando con la independencia". El mismo Consejo Europeo de la Unión llegaba a la conclusión, en 1997, de que la definición de lo que sea "un alto grado" o una autonomía "considerable" para Kosovo "(...) debería aspirar a establecer un marco jurídico justo *que vaya más allá del respeto del derecho de las minorías*"<sup>77</sup>.

#### IV. NO, EL "MODELO-KOSOVO" NO ES UN BUENO MODELO. ¿ENTONCES?: (i) LA REVITALIZACIÓN DEL SISTEMA DE LA CARTA

1. *Pro futuro* no podemos, como Penélope, la esposa del astuto Ulises, destejer ahora lo que la sociedad internacional urdió durante décadas en el telar (1907, 1919, 1928, 1945). No podemos renunciar al monopolio institucional del uso de la fuerza armada para dejar la(s) llave(s) de su desencadenamiento en manos de Organizaciones o Estados regionales. El riesgo de anarquía internacional es demasiado grande. El silencio de Naciones Unidas a lo largo de más de dos meses de ataques armados por una Organización regional es tan sorprendente<sup>78</sup> como prolongado hasta sus últimas consecuencias: ¿Acaso la res. 1244, de 10 de junio de 1999, del Consejo de Seguridad, que puso el sello final a la "guerra de Kosovo", acoge indicio alguno del juicio que le merece el uso de la fuerza llevado a cabo?; no, no lo hace<sup>79</sup>.

77. Conclusiones del Consejo Europeo de 29 de abril de 1997, *Boletín de la UE*, 1997, n° 4, pág. 146 (la cursiva del texto es mía).

78. Que el antiguo Presidente del TIJ, Sir Robert JENNINGS, ha enfatizado recientemente ("Kosovo and international lawyers", *International law Forum du Droit International*, 1, 1999, págs. 166, 169).

79. No es que yo sostenga que dicha resolución implique una "sanación" *ex post facto* de lo cometido, que en la misma se legitima el empleo de la fuerza por la OTAN (en el mismo sentido, KOHEN cit.en nota 4, pág. 141, parágrafo 29); solo digo que el Consejo ratifica con ella la situación que nace de un uso de la fuerza y calla, guardando un impenetrable silencio sobre el mismo (...). En este sentido, no comparto la afirmación concreta (ni la idea más general que parece jugar de tapiz de fondo) de que "la posición de la ONU de *asentimiento implícito* ha quedado *finalmente confirmada* por la resolución 1244 (1999), de 10 de junio" (RIPOL

No me parece que el "modelo-Kosovo" sea el que debemos seguir los años venideros, sino más bien y a la vista de lo que en él sucedió, encontrar una fórmula. o intentarlo al menos, para mantener "globalizado" el recurso a la fuerza armada en las relaciones internacionales.

2. ¿Fórmulas? Varias son posibles y la primera, la revitalización del sistema de la Carta.

3. ¿Otra vez? La Guerra del Golfo (1990-91) sugirió ya esta idea<sup>80</sup>. El entonces Secretario General, Sr. BOUTROS-GHALI formuló propuestas muy concretas al respecto en su *Agenda para la paz* (1992)<sup>81</sup>.

Así, y extrayendo las lecciones pertinentes (*inter alia* la de una excesiva libertad de acción del Estado que dirigió a la coalición de Estados amigos de Kuwait), pidió a los Estados miembros que formalizasen acuerdos comprometiéndose a mantener dispuestas unidades especialmente adiestradas para las misiones de mantenimiento de la paz. Creó incluso un registro especial, y más de sesenta Estados prometieron su apoyo (...) pero con demasiadas cautelas, pues la mayoría rechazó el dar por adelantado su consentimiento, reservándose el derecho a responder caso por caso en futuras peticiones de proporcionar contingentes<sup>82</sup>. Dado lo insatisfactorio de estas respuestas, algunos Estados miembros solicitaron la creación de una fuerza permanente de respuesta rápida,

CARULLA, S.: "El Consejo de Seguridad y la defensa de los derechos humanos: Reflexiones a partir del conflicto de Kosovo", *Rev. Española Der. Internacional*, LI (1999), nº 1, págs. 59-87 (pág. 62).

80. Ad ex. GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *Apuntes sobre las funciones del Derecho internacional contemporáneo*, DM Edit., Murcia, 1995, págs. 170 ss.; ID.: "El sistema de seguridad colectiva en los albores del siglo XXI (o el cuento de la Bella Durmiente)", *Balance y perspectivas de Naciones Unidas en el cincuentenario de su creación*, edic. de F.M. Mariño Menéndez, Universidad Carlos III-BOE. Madrid, 1996, págs. 165-188, en págs. 180 ss.

81. "An Agenda for peace..." cit. (nota 53), por ejemplo párrafos 42-45.

82. A fecha de hoy, veintinueve Estados han concretado las fuerzas que ponen a disposición de Naciones Unidas para las Operaciones sobre el mantenimiento de la paz. El último España, pues su Ministro de Defensa, don Eduardo SERRA, concertaba el 5 de noviembre de 1999 con Kofi ANNAN el acuerdo por el que nuestro país pone a disposición de Naciones Unidas una brigada de infantería (3000 hombres), un escuadrón de transporte aéreo (4 aviones y 50 hombres), 21 oficiales de Estado mayor, 46 observadores militares y 10 oficiales y suboficiales para el cuartel general.

La terminología "poner a disposición", utilizada también en el art. 43 de la Carta (Capítulo VII pues) no debe conducir a equívocos, pues como se apresuró a declarar a la prensa el Ministro español, esas fuerzas "no suponen el embrión de un Ejército de la ONU" (*ABC*, sábado 6 noviembre 1999, pág. 27),

formada por varias brigadas (de quince a veinte mil hombres) a disposición del Consejo de Seguridad y su Secretario General para hacer frente a situaciones de emergencia; propuesta que fue acogida, en 1995, por el Secretario General ("Fuerza de Reacción Rápida")<sup>83</sup>.

Sin embargo, el final de la guerra fría no ha generado el apoyo deseable a estas propuestas, que parecen hoy, según adjetivo de un Instituto de Defensa de los Estados Unidos "diplomáticamente muertas"; ¿las razones?: Desde limitaciones financieras a la creciente mortalidad que aparece en estas Operaciones de paz, pasando por el miedo de los Gobiernos de los Estados participantes afectados a recibir los "ataúdes" correspondientes ante los objetivos de unos medios de comunicación hambrientos de "noticias" y las consiguientes repercusiones de política interna<sup>84</sup>.

4. No, no es realista confiar en esta opción hoy, cuando el entendimiento entre los miembros permanentes del Consejo se ha roto<sup>85</sup> y, también, cuando el desapego de la primera Potencia Mundial hacia Naciones Unidas y su misión sigue patente<sup>86</sup>.

83. "Supplement to an Agenda for peace..." cit. (nota 54), párrafo 44.

84. "En busca de asociados...", informe citado (en infra nota 87), págs. 157, 167.

85. Un militar español, por ejemplo, ha destacado recientemente que pese a las esperanzas que generó la desaparición de la guerra fría y la crisis de la URSS, es indudable que "Rusia mantiene la pretensión de ejercer una exclusiva influencia (...) sobre la zona geográfica próxima a sus intereses" (DURET ABELEIRA, J.: "Hacia una posible regulación en Naciones Unidas de la intervención", *El Derecho de intervención en los conflictos, Cuadernos de Estrategia*, nº 79, CESEDEN, Ministerio de Defensa, Madrid, 1995, págs. 61-76, en pág. 73)

Que esto es así se ha visto con claridad meridiana en el poco fiable comportamiento ruso en el conflicto de Kosovo (antes, durante y tras la resolución del Consejo de Seguridad de 10 de junio de 1999). Sobre la actual desorientación de Rusia acerca de su papel en el mundo del siglo XXI, por la pérdida de sus viejos principios y su necesidad de la cooperación internacional vid. ad ex. DEZCALLAR, R.: "La Rusia ex-soviética", *Política Exterior*, XIII, julio-agosto 1999, nº 70, págs. 101-117.

86. Manifestado, si es que queremos ejemplos, en su deuda con la ONU, que en junio de 1999 rondaba los mil quinientos millones de dólares; o en su negativa a implicarse (y aun a torpedear la entrada en vigor del segundo de ellos) dos de los instrumentos jurídicos más importantes concertados en los últimos años bajo los auspicios y desvelos de la ONU: Me refiero, sí, al Convenio sobre minas antipersonales de 18 de septiembre de 1997 (BOE 13 marzo 1999) y al Estatuto sobre el Tribunal Penal Internacional (Roma, 17 de julio de 1998).

Sobre ambos vid. ad ex. CERVELL HORTAL, M<sup>a</sup>.J.: "Las minas antipersonal, ¿el principio del fin?", *Anuario de Derecho Internacional* (Universidad de Navarra), XV

Por esto, aunque lo ideal (el deber ser) sería que la reacción ante las situaciones de violación masiva de los derechos humanos siguiera estando en manos del Consejo de Seguridad y del sistema de seguridad colectiva, como un internacionalista patrio ha defendido recientemente, la realidad nos empuja a considerar que ello va a ser, si queremos evitar esos crímenes, muy difícil<sup>87</sup>.

## V. (ii) UNA "REGIONALIZACIÓN CENTRALIZADA"

1. Se trataría, ni más ni menos, que poner en práctica algunas de las propuestas que BOUTROS-GHALI hiciera en el Suplemento de 1995 a su Agenda para la Paz (1992): El Consejo de Seguridad autorizando el uso de la fuerza armada ya a una Organización regional ya a una Coalición de Estados allí donde fuera preciso.

En este orden de ideas el Secretario General, incitado tanto por la Asamblea General como por el Consejo de Seguridad, inició rondas de consultas con las organizaciones regionales más importantes respecto de esta cuestión<sup>88</sup>. En 1994 y 1996 se celebraron estas consultas, que arrojaron un claro resultado: La mayoría de estas Organizaciones regionales estaba dispuesta a implicarse con decisión en Operaciones para el mantenimiento de la paz en estrecha coordinación con la ONU, pero en ningún caso a asumir los aspectos militares de las mismas. *A fortiori* queda clarísimo que la idea de ver en ciertas Organizaciones regionales una especie de brazo armado de Naciones Unidas para poner en su

(1999), págs. 481-503; GUTIÉRREZ ESPADA, C.: "Luces y sombras del Tribunal Penal Internacional (Roma 1998)", *Carthaginensia (Revista de Estudios e Investigación del Instituto Teológico de Murcia. OFM)*, XVI, enero-junio 2000, nº 29, págs. 83-137.

87. RIPOL CARULLA, *op. cit.* (nota 79), págs. 85-87.

88. Así, la Commonwealth, la Comunidad de Estados Independientes (CEI), la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE), la Comunidad Económica de África Occidental, la Liga Árabe, la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN), la Organización de la Unidad Africana (OUA), la Organización de Estados Americanos (OEA), la Organización de la Conferencia Islámica y la Unión Europea Occidental (UEO).

Un análisis minucioso de estas consultas y sus resultados en "La búsqueda de asociados: Organizaciones regionales y Operaciones de paz", Instituto de Estudios Estratégicos de la Universidad de Defensa Nacional de Estados Unidos (*Mc Nair Papers*, nº 58), traducción al español de P. VALLESPÍN GÓMEZ, en *Boletín de Información del Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional (CESEDEN)*, Ministerio de Defensa, nº 257, 1998, págs. 153-172, en págs. 162 ss.



sitio a un agresor o para desencadenar, llegado el caso y por otras razones, una intervención armada en nombre de la comunidad internacional, es decir, la hipótesis de lo que podríamos llamar *regionalización del uso de la fuerza armada institucional*, queda a años luz de los planteamientos de nadie.

2. Y es que "regionalizar" el sistema de la paz y seguridad tiene sus ventajas aunque también sus inconvenientes<sup>89</sup>.

Entre las *primeras*, cabe citar que la mayor homogeneidad de las Organizaciones regionales, o de los Estados de una región dada, puede facilitar en principio el consenso en torno al desarrollo de la eventual operación; asimismo, es presumible que quienes la llevan a cabo sean más sensibles (más cuidadosos por tanto en todo) respecto de los problemas locales y de las causas que hacen latir las venas de las sienes del conflicto; y, en fin, la Operación llevada a cabo puede ser más digerible para el destinatario, a fin de cuentas un vecino.

Entre los *inconvenientes*, algunos observadores expresan sus objeciones respecto a la capacidad de algunas Organizaciones regionales de ejercer su misión en estos asuntos de manera realmente imparcial; todos constatan que salvo excepciones (OTAN, UEO y poco más) pocas Organizaciones disponen de los recursos y la adecuada organización y administración; y, en fin, no pocos temen que las principales potencias regionales tengan la tentación de emplear a la organización regional de turno como tapadera de intervenciones unilaterales, porque al fin y al cabo no se trata de nada nuevo el que un Estado intente manipular a una Organización regional de la que forma parte: Estados Unidos y la OEA saben mucho de un tema que acaso se renueva en otras latitudes (Rusia y la CEI, o Nigeria y la OUA por ejemplo).

3. Habida cuenta de las miserias financieras de la ONU, una cierta regionalización del mantenimiento de la paz será posiblemente inevitable en el futuro, ya se canalice vía Organización regional ya a través del Estado regional mejor preparado como abanderado o líder de la eventual operación.

Pero, en todo caso, no estamos hablando de dar marcha atrás en esa "mundialización" de la respuesta jurídica al uso de la fuerza armada de la que antes hablábamos; ni Boutros BOUTROS-GHALI lo pretendía en modo alguno. Aquí estamos hablando de Operaciones articuladas en torno a una Organización

89. Un cuadro gráfico a doble columna y respecto de conceptos diversos, sobre los aspectos a favor y en contra en "La búsqueda de asociados..." cit. (nota 88), pág. 165.

regional en el marco del Capítulo VIII de la Carta y en particular de sus artículos 53 y 54.

En todo caso, y habida cuenta de las conclusiones obtenidas de las dos rondas de consultas que el Secretario General de Naciones Unidas llevó a cabo con Organizaciones regionales, la "regionalización" del uso de la fuerza armada pura y dura tendrá lugar posiblemente por la vía de los Estados regionales más dispuestos o preparados como líderes de una coalición autorizada por el Consejo de Seguridad, siguiendo el modelo que sacudió al durmiente Capítulo VII de la Carta con motivo de la "guerra del golfo"<sup>90</sup>.

Eso sí (...) siempre que no haya un veto. El veto es el problema, sin duda, lo que marca la debilidad y aún la arbitrariedad del sistema. Para soslayar el veto, una Organización regional, la OTAN, intervino militarmente en Yugoslavia. Esto sí fue *regionalización pura y dura* del uso de la fuerza. Pero, en tanto en cuanto las normas sean las que son, no puede, no debe ser este el modelo.

4. Que el veto es anacrónico y antidemocrático nadie puede dudarlo. Y sobre todo, cuando ha podido observarse que la voluntad de un Estado puede impedir que una intervención militar internacional evite regular, "legalmente", una matanza terrible, ¿quién levantará su voz para defenderlo todavía? Louis HENKIN ha sugerido recientemente lo "deseable" (si es que no "inevitable") de modificar el sistema actual de la Carta, para permitir a las Organizaciones regionales intervenciones de humanidad siempre con la autorización previa del Consejo de Seguridad pero sin que pueda invocarse en este caso el derecho de veto; modificación que, es el profesor estadounidense quien lo considera, "might be achieved without formal amendment of the Charter (which is virtually impossible to effect), by a 'gentlemen's agreement' among the permanent members, or by wise self-restraint and acquiescence"<sup>91</sup>. Nicolas VALTICOS, que coincide con el planteamiento que defiende acerca del papel clave del derecho de veto en la crisis de Kosovo y su desenlace ("en l'occurrence, tout est donc venu du droit de veto"), sugiere la sustitución del derecho de veto (no

90. Vid. ad ex. GUTIÉRREZ ESPADA: "El sistema de seguridad colectiva..." cit. (nota 80), págs. 170-171; SAROOSHI, D.: *The United Nations and the development of collective security. The delegation by the United Nations Security Council of its Chapter VII powers*, Clarendon Press, Oxford, 1999 (sobre todo Capítulo 5, págs. 167 ss).

91. HENKIN: *Op. cit.* (nota 28), págs. 827-828; un planteamiento, en parte al menos, parecido en MOMTAZ: *Op. cit.* (nota 28), pág. 100..



su supresión sino su reforma) en determinados supuestos por lo que en rigor parece un sistema de voto ponderado<sup>92</sup>.

Pero no es realista, sin embargo, esperar nada bueno en este sentido<sup>93</sup>. Inocencio ARIAS, parafraseando al Presidente LINCOLN, ha escrito, y con razón, que los miembros permanentes del Consejo de Seguridad, que están siempre en desacuerdo en muchas cosas y parte del tiempo en desacuerdo en ciertas cosas, se muestran sin embargo todo el tiempo de acuerdo en una: El veto<sup>94</sup>. ¿Acabará el veto matando a la ONU?, ¿desaparecerá esta de la escena internacional?; ¿quién o qué la sustituirá entonces?, ¿un G-8 ó 9 cualquiera? El actual Secretario General de la ONU ha manifestado, con motivo de la "guerra de Kosovo" su enorme inquietud por esta cuestión, y su temor de que un nuevo abuso del veto a lo largo del próximo siglo acabe arrinconando a Naciones Unidas al papel de una Organización humanitaria de medio pelo (por los problemas económicos me refiero), y la haga insoportable a la opinión pública mundial. Kofi ANNAN reflexionaba con amargura, en su discurso de La Haya (mayo de 1999) al que antes me refería:

"Si el Consejo (de Seguridad) no actúa de consuno para impedir la violación masiva de los derechos humanos y los crímenes contra la humanidad de la intensidad de Kosovo, estaremos traicionando los propios ideales que inspiraron la creación de las Naciones Unidas".

Así es. Pero así ha sucedido.

## VI. (iii). ¿UNA "DOCTRINA SOBRE LA INTERVENCIÓN HUMANITARIA"?

1. ¿Sería más fácil de concentrar los esfuerzos en un punto más concreto? ¿Podría intentarse que la ONU adoptase una "doctrina sobre la intervención de humanidad", que precisara las coordenadas en las que esta

92. VALTICOS cit. (nota 28), págs. 14, 16.

93. Nicolas VALTICOS (cit. en nota 28, pág. 14) reconoce este hecho ("poser la question semble déjà preuve d'irréalisme"), pero no se resigna y prefiere intentarlo ("mais le 'réalisme' n'est-il pas parfois une forme de renonciation? L'histoire et le progrès sont faits souvent de changements, et de changements qu'on aurait estimés impossibles"). Bien, yo veo, por el contrario, respecto de esta particular cuestión, la botella medio vacía.

94. *Op. cit.* (nota 46), pág. 69.

podiera llevarse a cabo sin incurrir en ilegalidad y, dentro de esos límites, sin conjurar el espectro del veto?

2. Se trataría, en definitiva, de que la propia Organización de Naciones Unidas concretara las reiteradas proclamas del Secretario General de que no puede haber barreras levantadas por la soberanía nacional cuando estamos hablando de matanzas y limpiezas étnicas, y de que una correcta "injerencia humanitaria" es también una misión sagrada<sup>95</sup>. Se trataría, entonces, cegadas todas las salidas posibles por falta de tropas propias o a su disposición, por la falta de medios financieros y por la existencia de un uso maniqueo y sectario del derecho de veto<sup>96</sup>, que la ONU fijara, al menos, las coordenadas y circunstancias generales en las cuales podría intervenir por razones humanitarias y tiempo limitado por parte de un Estado o grupo de Estados con ese objetivo preciso cuando los mecanismos institucionales de Naciones Unidas se ven bloqueados por el veto. Y es que lo deseable siempre sería que las intervenciones armadas (también las de humanidad) lo fueran con intervención de la ONU; hasta los Estados miembros de la OTAN que bombardearon Yugoslavia a lo largo de varios meses repitieron *ad nauseam* que su acción se llevaba a cabo ante la inacción del Consejo de Seguridad, y que, como el delegado del Reino Unido manifestara, hubieran "preferido" contar con la autorización previa del mismo<sup>97</sup>.

Difícil me lo ponéis, podría decirse. Porque ¿qué órgano de Naciones Unidas adoptaría un texto tal? Evidentemente, podría hacerlo la Asamblea General, pero ello plantearía, sin duda, el viejo problema de quien manda en temas tales (el Consejo o la Asamblea) y una, se supone, airada reacción de ciertos miembros permanentes y aún de otros Estados. De hecho, esta reacción

95. La última vez en su discurso de apertura del período de sesiones ordinario de la Asamblea General (vid. ad ex. prensa nacional del miércoles y jueves, 6-7 de octubre de 1999).

96. No "vendieron" así precisamente los futuros miembros permanentes del Consejo su privilegio en 1945, porque es verdad que el veto fue aceptado por todos, en aras del realismo, pero también después de haber escuchado de los Cuatro (Estados Unidos, URSS, Gran Bretaña y China, en una Declaración suscrita después también por Francia) que no debe esperarse "que los miembros permanentes (...) empleen deliberadamente su poder de veto para obstaculizar el funcionamiento del Consejo" ("Exposé des délégations des quatre Puissances invitantes sur la procédure de vote du Conseil de Sécurité, doc.: S/Procédure/79, 4 mai 1946, párrafo 8, en *Répertoire de la pratique suivie par les organes des Nations Unies*, vol. II: *Articles 23 à 54 de la Charte*, Naciones Unidas, Nueva York, 1956, págs. 111-113).

97. Doc. S/PV.3988, 24 marzo 1999, pág. 8.

se ha producido ya ante una mera propuesta verbal genérica y vaga del Secretario General de la ONU en su discurso de apertura del período de sesiones de la ONU a la que antes me he referido: Los representantes de la India o de China, por citar un miembro permanente del Consejo y otro Estado que no lo es, recalcaron nada más oírlos que "el respeto a la soberanía y la no interferencia en los asuntos internos deben ser reforzadas", advirtiendo (serio aviso para navegantes viniendo de quien proviene) el representante de Pekín que si se vulneran esos principios "la propia Carta de la ONU estará en peligro"<sup>98</sup>.

Los problemas de relevancia "constitucional" que una propuesta de este tipo harían nacer en el marco de la actual Carta, no surgirían (aunque sí seguramente otros) si, como ha propuesto el profesor de Harvard Stanley HOFFMANN, se aborda desde un enfoque distinto:

"Un tratado abierto a todos los Estados en el que se defina rigurosamente las circunstancias en las cuales se podría intervenir colectivamente por razones humanitarias, por un tiempo limitado por parte de un grupo de Estados cuyas acciones debían ser autorizadas por una gran mayoría de los firmantes del tratado"<sup>99</sup>.

3. Difícil igualmente, pero no debemos resignarnos a lo que hay. Porque, como el Secretario General ha dicho por activa y por pasiva, si el Consejo no puede legitimar el empleo de la fuerza en circunstancias como las de Kosovo, conceptos emergentes como los de la "intervención humanitaria armada", que desde luego abren la vía, y WECKEL lo ha señalado<sup>100</sup>, a una "contestación del sistema de seguridad colectiva", parece la única salida digna.

Es interesante y significativo que el Informe especial que la Asamblea General encargó al Secretario General en noviembre de 1998 sobre el comportamiento de Naciones Unidas ante las matanzas de julio de 1995 en los alrededores de Srebrenica de miles de bosnios a manos de fuerzas serbias, y que

98. Intervenciones literalmente recogidas, por ejemplo, en el diario *ABC* del miércoles 6 de octubre de 1999, pág. 31.

Se recordará que el representante de China fue el único miembro del Consejo de Seguridad que insistió tenazmente (casi me atrevería a decir que cada vez que de violaciones graves de los derechos humanos se hablaba) en el principio que prohíbe la intervención en los asuntos internos (doc. S/PV.3988, 24 marzo 1999, pág. 12).

99. "Dissillusions of World Order", *New York Review of Books*, 9 abril 1992 (tomo la cita de VARGAS CARREÑO: *Op. cit.* en nota 5, pág. 1637).

100. *Op. cit.* (nota 32), pág. 708.

el Sr. ANNAN ha presentado al público este mismo mes de noviembre (1999) se extraigan a lo largo de sus 155 págs, y entre otras lecciones relevantes para el futuro, la de que cuando la ONU se encuentre de nuevo ante un "sistemático y deliberado intento de aterrorizar, expulsar o asesinar a la población debe atajarse *por todos los medios necesarios*" (la cursiva es mía, y la aprovecho para recordar a mi atento lector que con la frase "todos los medios necesarios" la resolución 678 del Consejo de Seguridad, de 29 de noviembre de 1990, autorizaba el uso de la fuerza armada contra Irak a la coalición de Estados amigos y aliados de Kuwait, y justificó jurídicamente una guerra corta pero pura y dura que recibió el nombre de "Tormenta del Desierto").

## VII. CONCLUSIÓN

1. La "guerra de Kosovo" ha demostrado que el Derecho internacional existente sobre el uso de la fuerza armada, tal y como es, no es útil socialmente. Por tanto, debe adaptarse a los nuevos tiempos, so pena de caminar cada vez más hacia una situación de anarquía internacional.

Si algo queda de la "guerra de Kosovo" flotando sobre todos nosotros es la idea, la impresión, de que evitar la vulneración masiva de los derechos humanos se está prefigurando como una especie de derecho-deber de todo Estado bien nacido cuando nadie lo haga, y que ese derecho-deber se impondría incluso sobre la prohibición general del uso de la fuerza. Me recuerda esta reflexión a la que parece sugerir el TIJ, en 1996, cuando sostiene que todo Estado tiene no solo la facultad de intervenir para prevenir o castigar el genocidio sino también la obligación de hacerlo<sup>101</sup>.

Es decir, la idea de que una intervención de humanidad por un Estado o grupo de Estados en casos tales no sería contraria al Derecho internacional cuando se dan ciertos requisitos comienza a tomar forma. Con ciertos requisitos, digo, fundamentalmente el de que el Consejo de Seguridad se encuentre bloqueado por el veto (o aun la amenaza del mismo). Me importa personalmente menos el que esto sea *una nueva excepción a la norma que prohíbe el uso de la fuerza* y que funcione pues fuera de la Carta, como

101. Sentencia de 11 de julio de 1996, asunto sobre la aplicación del Convenio sobre prevención y castigo del crimen de genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Yugoslavia), *CIJ Recueil 1996*, págs. 595 ss., en párrafo 31 in fine (pág. 616).

parecían sugerir el representante de los Países Bajos en el Consejo de Seguridad o un sector doctrinal contemporáneo<sup>102</sup>, *o que en rigor se trate del resultado de una segunda lectura, acorde con las evolución actual, de la Carta*, enfatizando lo que de amenaza a la paz y seguridad implicaría dejar sin acción alguna las violaciones graves de los derechos humanos, como por el contrario apuntaban Canadá o Argentina<sup>103</sup> y algunos autores<sup>104</sup>.

Lo más importante, siempre en mi opinión digo, es que sea una u otra la tesis que predomine, se concreten los parámetros de la intervención armada por causas de humanidad. Incluso quienes consideran que esta tiene ya cabida en el Derecho positivo “correctamente” interpretado, pero que consideran que en Kosovo esta figura no se ha aplicado correctamente (por la ambigüedad de los motivos, la inadecuación de los medios y, en fin, la incertidumbre de los resultados), considera preciso estructurar y precisar la figura *pro futuro*<sup>105</sup>.

102. Doc. S/PV.4011, pág. 12.

En la doctrina, D. MOMTAZ (*op. cit.* en nota 28, pág. 100) sugiere que “on pourrait ainsi envisager, exceptionnellement et dans des conditions strictement définies, la possibilité de recourir à la force, cette nouvelle exception à la règle du non-recours à la force ne pouvant être envisagée qu'en cas de violation systématique et grave des droits de l'homme, avec la connivence des autorités étatiques ou par suite de l'écroulement des institutions publiques” (la cursiva es mía); VALTICOS: *Op. cit.* (nota 28), pág. 11; A. CASSESE (*op. cit.* en nota 28, pág. 29) ha mantenido que siendo ilegal el recurso a la fuerza de la OTAN, el precedente podrá conducir gradualmente a la cristalización de una norma de Derecho internacional general que autorizara contramedidas armadas a efectos de acabar con atrocidades que amenazan la paz, “y que equivaldría a una excepción similar a la sentada en el art. 51 de la Carta (legítima defensa)”; también para Marcelo G. KOHEN (*op. cit.* en nota 4, pág. 141, parágrafo 28), de cuajar (lo que no le gustaría) nos encontraríamos ante una nueva excepción a la prohibición.

103. Doc. S/PV.4011, págs. 13 y 19.

104. Vid. ad ex. ZAPPALÀ cit. (nota 10), págs. 990, 996-1001; SUR cit. (nota 49), págs. 51 ss.

105. SUR cit. (nota 49), págs. 57-58; CHARNEY cit. (nota 27), págs. 839-40.

Jonathan I. CHARNEY ofrece un esquema de los requisitos que podrían traerse a colación: Prueba suficiente de los desmanes humanitarios, advertencia al Estado culpable por una organización regional, agotamiento de todos los recursos previos (negociación, consultas...), y Naciones Unidas; si esta falla (veto en el Consejo de Seguridad ...) la organización regional puede intervenir con determinadas condiciones: Aviso al Estado culpable (ultimátum parece), aceptación previa por los Estados que van a desarrollar la intervención de la jurisdicción del TIJ respecto de toda violación del Derecho internacional que pudiera cometerse en la intervención y la del Tribunal Penal Internacional respecto de los eventuales crímenes cometidos por sus nacionales, uso proporcional de la fuerza, y cese de la

2. Pero si ninguna de las alternativas posibles, a las que me he referido anteriormente (apartados IV, V y VI), viera la luz, gentes de buena fe abandonad toda esperanza. Tras estudiar la práctica internacional minuciosamente desde 1945 a 1991, un internacionalista estadounidense ha escrito que "la práctica de los Estados demuestra una considerable reluctancia por parte de la comunidad mundial para tratar jurídicamente (para considerar como asuntos jurídicos) cuestiones que impliquen el uso de la fuerza. En tanto en cuanto esta actitud persista, la contribución que el Derecho puede hacer al control de la violencia internacional será inevitablemente modesta<sup>106</sup>. No hay indicio alguno de que hayamos mejorado en este punto desde 1991. ¿O sí? :

— El 19 de diciembre de 1998, aviones estadounidenses y británicos bombardean Irak, basándose en la política obstruccionista iraquí hacia los inspectores nucleares enviados por la ONU. Lo hacen sin apoyo en resolución alguna del Consejo de Seguridad<sup>107</sup>. Los ataques se repiten a lo largo de 1999. Por ejemplo, la prensa mundial daba cuenta el segundo domingo de octubre del empleo por aviones de los Estados Unidos de nuevas bombas (de 1.000 kilos

misma y retirada de las tropas una vez asegurada la situación (*op. cit.* en nota 27, págs. 838-39).

También Antonio CASSESE condiciona la "legalidad" de una nueva excepción a la norma que prohíbe el uso de la fuerza a la presencia de numerosos requisitos (*op. cit.* en nota 28, pág. 27). Y, finalmente, P. PICONE, para quien existe una clara tendencia en la práctica contemporánea a admitir las intervenciones de humanidad, la intervención en Kosovo no respeta ninguno de los parámetros o condiciones mínimamente exigibles (*vid. PICONE: Op. cit.* en nota 76, párrafos 10 y ss.).

106. MARK WEISSBURD, A.: *Use of force. The practice of States since World War II*, the Pennsylvania State University Press, University Park, Pennsylvania, 1997, pág. 322.

107. No pueden justificarse estos ataques ni por la res. 687, de 3 de abril de 1991 (que determinó las condiciones del alto el fuego en la Guerra del Golfo), ni por la res. 688, de 5 de abril de 1991 (estableciendo zonas de exclusión aérea para la protección de los kurdos), ni por la res. 1154, de 2 de mayo de 1999 que aprobó el memorándum de entendimiento entre el Secretario General e Irak y que evitó una intervención inminente de Estados Unidos (*vid. ad ex. TORRELLI, M.: "Le nouveau défi irakien à la communauté internationale: La dialectique des volontés", Révue Générale de Droit International Public*, 102 (1998), n° 2, págs. 435-455m, sobre todo 451 ss.; VILLANI, U.: "La nuova crisi del Golfo e l'uso della forza contro l'Iraq", *Rivista di Diritto Internazionale*, LXXXII, 1999, n° 2, págs. 451-462); DENIS, C.: "La résolution 678 (1990) peut-elle légitimer les actions armées menées contre l'Iraq postérieurement à l'adoption de la résolution 687 (1991)?", *Révue Belge de Droit International*, XXXI (1998), n° 2, págs. 485-537.

de cemento) sobre objetivos iraquíes de naturaleza militar para evitar daños colaterales<sup>108</sup>.

— Y, en fin, si el Estado que emergió triunfador tras el hundimiento del comunismo y es más que nunca el gran gigante mundial ha optado por un "trípode estratégico" en el tema del mantenimiento de la paz y opta por agarrarse a una u otra pata (sistema ONU, Organización regional o Coalición de Estados *ad hoc*) o conciliar dos según le peta (porque la decisión es "fundamentalmente política, por supuesto")<sup>109</sup> de acuerdo con sus intereses, poca esperanza puede quedarnos de que esto mejore.

3. Para algunos los sucesos de Kosovo no harían sino confirmar una tendencia ya en marcha desde "lo de Irak", marcada por el retorno al concepto de "guerra justa" y a una acusada sensación de pesimismo en cuanto a la perennidad del sistema de seguridad colectiva; con toda la crudeza del mundo, hay quien piensa que los sucesos de Kosovo revelan que "el cuidado de Estados Unidos parece entonces el de transformar este instrumento de defensa colectiva (a la OTAN se refiere el profesor Sur) en instrumento de seguridad colectiva, más allá del marco jurídico del Pacto del Atlántico y de la Carta al cual está subordinado"<sup>110</sup>. Verdad es que la lectura del "Nuevo Concepto Estratégico" adoptado por la OTAN en Washington (abril 1999) parece alimentar esas sensaciones; "mal rollo", sí, podríamos decir como los jóvenes de hoy, muy mal rollo porque no me parece descabellado considerar que si este entra de nuevo en un largo sueño<sup>111</sup> acaso ya no pueda despertar nunca.

Debe destacarse, en este contexto, que el "Nuevo Concepto Estratégico" adoptado por la OTAN, *pendente bello* podría decirse, en abril de 1999 modifica los planteamientos que al respecto se adoptaron y seguían vigentes desde 1991. En mi opinión, la lectura del texto adoptado en Washington modifica las funciones y objetivos de la OTAN respecto de lo previsto en su concepto estratégico de 1991 y aun en su Tratado fundacional. ¿En qué sentido?: De una estrategia basada en el concepto de *colectiva legítima defensa* sobre el presupuesto de un riesgo de conflicto armado con el Este, se pasa a otra en la que lo importante es la *seguridad colectiva*, que se vería amenazada ya no tanto por eventuales conflictos armados sino asimismo por factores

108. Ad ex. *El País*, domingo 17 de octubre de 1999, pág. 10.

109. "En busca de asociados...", Informe cit. (nota 88), pág. 157.

110. SUR cit. (nota 49), pág. 59.

111. Vid. ad ex. GUTIÉRREZ ESPADA: "El sistema de seguridad colectiva..." cit. (nota 80), págs. 167 ss.

varios, como el terrorismo, desplazamientos masivos o incontrolados de población, genocidio, “jueguecitos” con armas nucleares... El Documento de Washington tiene prevista la eventualidad, según yo lo entiendo<sup>112</sup>, de que ante amenazas de esa naturaleza la OTAN pueda intervenir, también militarmente, con lo que aún ciñéndose al “área auroatlántica” se trata de acciones coercitivas que van más allá de los definidos en el Tratado constitutivo. De otra parte, del Documento emana una concepción autónoma, propia, de la seguridad colectiva, decidida, parece por el Consejo Atlántico (debe entenderse que por unanimidad); como si los lazos con la ONU y con el otro Consejo (el de Seguridad) se hubieran dejado sólo aparentemente anudados (...) <sup>113</sup>.

4. La intervención de la OTAN en Kosovo es un aviso también de que no tenemos claro, a alturas tales, el contenido preciso del derecho de libre determinación de los pueblos-minoría. Aclarar si estos tienen o no derecho a su independencia, con qué límites o condiciones, y a través de qué procedimientos o modalidades pueden ejercerlo sería una contribución mayor que este lamentable episodio de las modernas relaciones internacionales haría al Derecho internacional de cara al próximo siglo.

112. En el mismo sentido VALTICOS: *Op. cit.* (nota 28), pág. 10.

113. Véase “Concepto estratégico de la Alianza aprobado por los Jefes de Estado y de Gobierno participantes en la reunión del Consejo del Atlántico Norte celebrada en Washington el 23 y 24 de abril de 1999”, párrafos 10, 20, 24, 29, 31 ss., 41, 49, 53 (*NATO Press Release NAC-S(99)65*, 24 april 1999. El “Concepto estratégico...” puede consultarse en español en el *Libro Blanco de la Defensa 2000*, Madrid, Ministerio de Defensa, 2000, págs. 237-250.

Sobre este nuevo Concepto Estratégico de la OTAN, vid. RAMÓN CHORNET, C.: “La OTAN vicaria de la ONU: Reflexiones sobre el sistema de seguridad colectiva, a la luz del ‘nuevo concepto estratégico’ acordado en Washington”, *Anuario de Derecho Internacional* (Universidad de Navarra), XV (1999), págs. 363-383 (sobre todo 375 ss.); VEGETIUS: “Los próximos cincuenta años de la OTAN”, *Política Exterior*, nº 68, 1999, págs. 71-80; CANNIZARO, E.: “La nuova dottrina strategica della NATO e gli interventi ‘fuori area’”, *Rivista di Diritto Internazionale*, LXXXII (1999), nº 3, págs. 729-731.